



**UNIVERSIDADE FEDERAL DO CEARÁ
PRÓ-REITORIA DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO
MESTRADO EM DIREITO**

ELIZABETH ALICE BARBOSA SILVA DE ARAUJO

**AÇÕES AFIRMATIVAS NO MERCADO DE TRABALHO:
UM ESTUDO SOBRE A CONCRETIZAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL AO
TRABALHO NO BRASIL**

FORTALEZA

2012

ELIZABETH ALICE BARBOSA SILVA DE ARAUJO

AÇÕES AFIRMATIVAS NO MERCADO DE TRABALHO:
UM ESTUDO SOBRE A CONCRETIZAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL AO
TRABALHO NO BRASIL

Dissertação apresentada ao programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Ceará como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito. Área de Concentração: Ordem Jurídica Constitucional.

Orientador: Prof. Dr. Marcelo Lima Guerra

Fortaleza

2012

ELIZABETH ALICE BARBOSA SILVA DE ARAUJO

AÇÕES AFIRMATIVAS NO MERCADO DE TRABALHO:
UM ESTUDO SOBRE A CONCRETIZAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL AO
TRABALHO NO BRASIL

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Ceará como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito. Área de Concentração: Ordem Jurídica Constitucional.

Aprovada em: ____/____/ 2012.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Marcelo Lima Guerra
Orientador da Universidade Federal do Ceará (UFC)

Prof. Dr. Fernando Basto Ferraz
Examinador da Universidade Federal do Ceará (UFC)

Prof. Dr. Alexandre Antônio Bruno da Silva
Examinador da Universidade Estadual do Ceará (UECE)

Dedico esta dissertação a meu sobrinho Daniel.

AGRADECIMENTOS

A Deus, razão única de minha existência, que me faz ser sempre tão feliz.

A meu marido, Luiz Wilson (Tigre), melhor presente que Deus me deu, por todo apoio e amor.

A meus filhos, Gabriel e Luís Henrique, que enchem minha vida de alegria.

A meus pais, Avelino e Alice, que me ensinaram desde cedo a amar os livros e a com eles aprender.

À minha irmã Eveline, meu grande exemplo de pesquisadora, obrigada pela ajuda inestimável na pesquisa de campo desta dissertação.

À minha irmã Eliane, que é minha segunda mãe, pelos conselhos e desabafos.

Ao Professor Doutor Marcelo Lima Guerra, por ser sua orientanda: foi outro sonho que se realizou; sua genialidade foi o grande diferencial desta pesquisa.

Aos Professores Doutores Alexandre Antônio Bruno da Silva e Fernando Basto Ferraz, por gentilmente disporem de seu tempo para conhecer meu trabalho e participar desta banca. O convite feito se deu mediante a profunda admiração que tenho por suas ideias e realizações acadêmicas.

Às minhas grandes amigas Maria Thereza Guimarães Lopes, Maria Ervanis Brito e Eulália Emília Pinho Camurça. Sem o apoio e a amizade delas este sonho não estaria se realizando.

A todos os amigos e colegas do Ministério do Trabalho e Emprego que me apoiaram e viveram junto comigo a aventura desta pesquisa.

Aos amigos do Ministério Extraordinário da Sagrada Comunhão da Paróquia de Nossa Senhora de Lourdes e, especialmente, ao Padre Joaquim Colaço Dourado, meu orientador espiritual, pelas orações e conselhos.

Aos amigos do Mestrado, que represento na figura de Rubens Silveira Taveira Júnior, meu companheiro no Mestrado e no Ministério do Trabalho e Emprego, pela troca de experiências e pela amizade.

E, finalmente, ao grupo carinhosamente intitulado “A Panelinha do Mestrado em Direito”, formado por sete amigas que para sempre estarão em meu coração: Christianne Diógenes, Daniele Pimentel, Denise Assis, Érika Chaves, Eulália Emília, Laís Fortaleza e Michelle Amorim.

Agradeço a Deus a existência de todos vocês que mencionei e de outros que, de uma maneira ou outra, proporcionaram-me a realização deste curso de mestrado.

RESUMO

Esta dissertação estuda a concretização do direito fundamental ao trabalho no Brasil, por meio de ações afirmativas. São apresentados os tópicos da teoria dos direitos fundamentais que justificam a utilização de ações afirmativas no trabalho como instrumento garantidor da igualdade material e os mecanismos utilizados para a resolução do conflito entre os princípios constitucionais do valor social do trabalho e da livre iniciativa. A pesquisa se volta para o momento do acesso ao posto de trabalho formal, quando, de um lado, coloca-se a liberdade de contratar do empregador e, de outro, o direito à igualdade de oportunidades dos trabalhadores. São introduzidos o histórico e o conceito de ação afirmativa, sendo verificadas as várias justificativas para sua implementação, para, a seguir, adentrar na especificidade de sua ação no mercado de trabalho brasileiro. O trabalho humano, enquanto meio de sobrevivência e de expressão cultural e social, é analisado dentro do contexto contemporâneo, com ênfase nos impactos sociais das políticas públicas de acesso ao emprego. A realidade de discriminação é trazida por dados estatísticos que evidenciam sua feição negativa a determinados grupos de trabalhadores. Foram escolhidos, para avaliação, quanto à pertinência e alcance, os dois casos em que o legislador brasileiro elegeu cotas de contratação compulsória na iniciativa privada como instrumentos de combate à discriminação: o artigo 93 da lei 8.213, de 24 de julho de 1991, que traz cotas reservadas para pessoas com deficiência e os artigos 428 e seguintes da Consolidação das Leis do Trabalho, referentes à lei da aprendizagem. Para essa avaliação, foi feita uma abordagem preliminar sobre o critério da eficácia, presente na Teoria Geral do Direito, em seus aspectos jurídico, logístico e social. Por fim, foi realizada pesquisa de campo para determinar o grau de eficácia social dessas ações afirmativas no mercado de trabalho, mensurado através da interpretação dos dados coletados em questionário.

Palavras-chave: Direito Fundamental ao Trabalho. Ações Afirmativas. Pessoa com Deficiência. Jovem Aprendiz. Eficácia dos Direitos Fundamentais.

ABSTRACT

This dissertation studies the realization of the fundamental right to work in Brazil through affirmative action. We present the topics of the theory of fundamental rights that justify the use of affirmative action at work as an instrument guaranteeing the substantive equality, and the mechanisms used to solve the conflict between constitutional principles of the social value of work and free enterprise. The research looks at the time of access to formal job, when, on one side stands the freedom to hire of the employer and on the other the right to equal opportunities for workers. It is introduced the history and concept of affirmative action, and checked the various justifications for its implementation, for, in order to introduce the specificity of its action on the Brazilian labor market. Human labor as a way of survival and cultural as well as social expression, is analyzed within the contemporary context, with emphasis on the social impacts of public policies on access to employment. The reality of discrimination is brought by statistics that show negative form thereof to certain groups of workers. Were chosen for evaluation of the relevance and scope, the two cases in which the Brazilian legislator elected compulsory recruitment quotas in the private sector as an instrument to fight discrimination: Article 93 of Law 8.213 as of July 24, 1991, which brings shares reserved for people with disabilities, and Articles 428 and following of the Consolidation of Labor Laws, relating to law of learning. For this assessment we made a preliminary approach on the criterion of efficacy, present in the general theory of law in their legal, logistical and social aspects. Finally, field research was conducted to determine the degree of social efficiency of these affirmative action in employment, measured through the interpretation of data collected on a questionnaire.

Keywords: The fundamental right to work. Affirmative Action. People with Disabilities. Young Trainee. Effectiveness of Fundamental Rights.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	10
2	DIREITOS FUNDAMENTAIS E O PRINCÍPIO DA IGUALDADE	15
2.1	Conceito e Delimitação dos Direitos Fundamentais	15
2.1.1	<i>Direitos fundamentais na ordem constitucional brasileira</i>	16
2.1.2	<i>Direitos fundamentais sociais</i>	19
2.1.3	<i>Aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais sociais</i>	20
2.1.4	<i>Eficácia horizontal dos direitos sociais</i>	21
2.1.5	<i>O papel do Estado na implementação dos direitos sociais</i>	23
2.2	A Igualdade através da Efetivação dos Direitos Sociais	25
2.2.1	<i>Igualdade formal</i>	25
2.2.2	<i>Igualdade material</i>	27
2.2.3	<i>O princípio da liberdade</i>	31
2.2.4	<i>Liberdade e igualdade: antagonismo ou complementariedade?</i>	32
2.2.5	<i>Igualdade material como garantidora da legitimidade do Estado Democrático de Direito</i>	35
2.3	Colisão de Valores Jusfundamentais e a Máxima da Proporcionalidade	37
2.3.1	<i>Regras e princípios</i>	37
2.3.2	<i>O princípio da proporcionalidade</i>	38
2.3.3	<i>Harmonização entre valor social do trabalho e livre iniciativa</i>	39
3	AÇÕES AFIRMATIVAS	42
3.1	Breve Histórico	42
3.2	Conceito	47
3.3	Ações Afirmativas como Característica da Contemporaneidade	52
3.4	Os Vários Objetivos das Ações Afirmativas	56
3.4.1	<i>Ações afirmativas como expressão do Estado Democrático de Direito</i>	56
3.4.2	<i>Compensação histórica</i>	57
3.4.3	<i>Garantia de diversidade e multiculturalismo</i>	59
3.4.4	<i>Combate à discriminação</i>	61
3.4.5	<i>Pacificação social</i>	63
3.4.6	<i>Igualdade de oportunidades</i>	64
3.5	Ações Afirmativas no Mercado de Trabalho	65
4	A CONCRETIZAÇÃO DO VALOR SOCIAL DO TRABALHO ATRAVÉS DAS AÇÕES AFIRMATIVAS NO BRASIL	68

4.1	O que é trabalho?	68
4.1.1	<i>O trabalho enquanto forma de assegurar igualdade e diferença</i>	70
4.2	O Contexto do Desemprego no Brasil	72
4.2.1	<i>Desemprego seletivo</i>	75
4.3	O Acesso ao trabalho dos grupos vulneráveis	77
4.3.1	<i>Idade avançada</i>	77
4.3.2	<i>Raça</i>	79
4.3.3	<i>Gênero</i>	81
4.3.4	<i>Homossexuais</i>	83
4.3.5	<i>Portadores de HIV</i>	84
4.3.6	<i>Obesos</i>	86
4.3.7	<i>Pessoas com deficiência</i>	87
4.3.7.1	<i>Reserva de vagas em Concursos Públicos</i>	92
4.3.7.2	<i>Cotas para a Iniciativa Privada</i>	96
4.3.8	Jovens sem experiência profissional	99
4.3.8.1	<i>A contratação compulsória de jovens aprendizes</i>	100
4.3.8.2	<i>Aprendizagem profissional</i>	101
4.3.8.2.1	<i>Incentivos para as empresas contratantes</i>	102
5	GRAU DE EFICÁCIA DAS NORMAS DE AÇÕES AFIRMATIVAS NO MERCADO DE TRABALHO	104
5.1	As Diversas Concepções de Eficácia	104
5.1.1	<i>Critério da eficácia na contemporaneidade</i>	106
5.1.2	<i>Eficácia e Função Eficacial</i>	107
5.1.3	<i>Delimitação dos requisitos de eficácia</i>	109
5.1.3.1	<i>Eficácia jurídica</i>	109
5.1.3.2	<i>Eficácia logística</i>	110
5.1.3.3	<i>Eficácia social</i>	110
5.2	Apresentação da Pesquisa de Campo e sua metodologia	111
5.3	Estudo da Eficácia da Lei da Aprendizagem	113
5.3.1	<i>Detalhamento do questionário relativo a Jovens Aprendizes</i>	113
5.3.2	<i>Eficácia jurídica</i>	114
5.3.2.1	<i>Contratação no setor industrial</i>	114
5.3.2.2	<i>Cálculo da cota de aprendizes</i>	116
5.3.2.3	<i>Contratação por empresas prestadoras de serviços de mão de obra</i>	119
5.3.3	<i>Eficácia logística</i>	120

5.3.3.1	<i>Necessidade de maior número de cursos de aprendizagem.....</i>	121
5.3.3.2	<i>O custo da aprendizagem.....</i>	121
5.3.3.3	<i>Outras dificuldades levantadas.....</i>	124
5.3.4	<i>Eficácia social.....</i>	124
5.3.5	<i>Atuação do Ministério do Trabalho e Emprego.....</i>	125
5.4	Estudo da Eficácia da Lei de Cotas para Pessoas com Deficiência (Artigo 93 da Lei 8.213/1991)	126
5.4.1	<i>Detalhamento do questionário relativo a pessoas com deficiência (PCD's).....</i>	127
5.4.2	<i>Eficácia jurídica.....</i>	128
5.4.2.1	<i>Comprovação da condição de pessoa com deficiência.....</i>	130
5.4.2.2	<i>O caso da pessoa com deficiência não cotista.....</i>	131
5.4.3	<i>Eficácia logística.....</i>	132
5.4.3.1	<i>Adaptação do ambiente de trabalho.....</i>	133
5.4.3.2	<i>Ausência de trabalhadores qualificados.....</i>	134
5.4.3.3	<i>Dificuldade em encontrar PCD's disponíveis para contratação.....</i>	135
5.4.3.3.1	<i>A questão do benefício previdenciário.....</i>	135
5.4.4	<i>Eficácia social</i>	137
5.4.5	<i>Atuação do Ministério do Trabalho e Emprego.....</i>	139
6	CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	141
	REFERÊNCIAS.....	145
	ANEXO A – QUESTIONÁRIO PCD's	155
	ANEXO B – QUESTIONÁRIO APRENDIZES.....	156
	ANEXO C – TABULAÇÃO DE RESULTADOS SOBRE A CONTRATAÇÃO DE PPD's	157
	ANEXO D – TABULAÇÃO DE RESULTADOS SOBRE A CONTRATAÇÃO DE APRENDIZES.....	159
	ANEXO E – QUADRO RELATIVO Á CONTRATAÇÃO ESPONTÂNEA X ATUAÇÃO DA FISCALIZAÇÃO (APRENDIZES).....	161
	ANEXO F – QUADRO DE DIFICULDADES PARA CUMPRIMENTO DA COTA (APRENDIZES)	164

1 INTRODUÇÃO

Esta dissertação pretende estudar a concretização do direito fundamental ao trabalho no Brasil por meio de ações afirmativas. De forma específica, a pesquisa se volta para o momento do acesso ao posto de trabalho formal, quando, de um lado, coloca-se a liberdade de contratar do empregador e, de outro, o direito à igualdade, de forma que preconceitos não interfiram no direito ao trabalho digno de determinados grupos sociais. O trabalho humano - tanto enquanto meio de sobrevivência, quanto de expressão cultural e social - será pesquisado dentro do contexto contemporâneo; porém com ênfase nos impactos sociais das políticas públicas de acesso ao emprego apresentadas.

A necessidade do estudo do tema, em uma perspectiva jurídico-social, está comprovada por dados estatísticos. O índice de desemprego no Brasil vem decrescendo graças ao desenvolvimento da economia e do mercado nacionais. No ano de 2011, o índice nacional de desemprego foi de 6 %; oito anos antes, no ano de 2003, o percentual chegava a 12,35% da população economicamente ativa¹. As perspectivas gerais no Brasil são otimistas quanto à empregabilidade; entretanto se nota que alguns grupos de trabalhadores vão na contramão da tendência nacional de queda do desemprego.

Para esses, dentre os quais se incluem as pessoas com deficiência e os jovens sem experiência profissional, a procura de um emprego se torna tarefa muito mais árdua do que para a maioria da população.

Entre os jovens, o índice de desemprego em 2011 no Brasil foi de 13,4%, mais do que o dobro da média nacional². Já as pessoas com deficiência possuem apenas 0,7% dos vínculos empregatícios formais, sendo que a quantidade de pessoas com deficiência, no Brasil, corresponde a 23,9% da população³.

Na tentativa de reverter essa dificuldade e proporcionar o direito fundamental ao trabalho a essas categorias, o legislador infraconstitucional optou por utilizar a ferramenta das ações afirmativas executadas através de leis de contratação compulsória de trabalhadores pertencentes a grupos que, historicamente, ficaram à margem do mercado de trabalho nacional.

¹INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. **Pesquisa mensal de emprego**. 2012. Disponível em: <http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/indicadores/trabalhoerendimento/pme_nova/pme_201204pubCompleta.pdf>. Acesso em: 8 jun. 2012.

²BRASIL. Ministério do Trabalho e Emprego. **Características do Emprego Formal – RAIS 2010**. 2010. Disponível em: <<http://www.mte.gov.br/rais/2010/arquivos/Apresentacao.pdf>>. Acesso em: 26 maio 2012.

³INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. **Censo 2010**. Disponível em: <<http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/censo2010>>. Acesso em 08 jun. 2012.

Dessa forma, serão estudados o artigo 93 da lei 8.213, de 24 de julho de 1991, que dispõe sobre os planos de benefício da Previdência Social e que trata de cotas reservadas para pessoas com deficiência em empresas com mais de 100 (cem) empregados; bem como os artigos 428 e seguintes da Consolidação das Leis do Trabalho, referentes à lei da aprendizagem, que obriga os estabelecimentos de qualquer natureza a empregar e matricular, em cursos nos serviços nacionais de aprendizagem, jovens aprendizes entre quatorze e vinte e quatro anos de idade. São duas leis que trazem cotas de contratação compulsória dentro da iniciativa privada, com o fito de garantir a igualdade de oportunidades no trabalho.

A consequência desejada é a quebra do preconceito através da mudança na realidade social. Afinal, a mera contratação obrigatória, feita apenas por obediência a um comando legal, pode até levar à conquista de um posto de trabalho, mas não atinge o objetivo de conferir igualdade e justiça, finalidade precípua das ações afirmativas. É preciso observar se o ambiente organizacional se modificou, conferindo reais oportunidades e reconhecendo a força de trabalho das pessoas com deficiência e dos jovens aprendizes, ou seja, é imprescindível dar-lhes a oportunidade de serem experimentados nos cargos para comprovar sua capacidade, como acontece aos demais trabalhadores.

Pretende-se, então, mensurar o grau de eficácia da lei, em seu escopo de garantir o direito fundamental ao trabalho, dentro de um sistema em que gravitem o princípio da igualdade e a busca da justiça social.

Não são objeto do estudo as causas da discrepância estatística de emprego em nenhuma das categorias pesquisadas, mas a análise das ações afirmativas legais ora existentes contribuirão ou não para minimizar a dificuldade de colocação e de manutenção no cargo para esses trabalhadores, trazendo à discussão a pertinência da sua expansão, ou mesmo o momento em que tais normas se tornam desnecessárias, vez que as ações afirmativas devem ser temporárias por natureza. Para isso, deve-se verificar se realmente ocorreu uma mudança na aceitação dessas pessoas no momento do acesso ao emprego, ou seja, se a lei trouxe mudanças na realidade social. Isso porque a existência de ações afirmativas no mercado de trabalho vai além do acesso ao trabalho em si e perpassa a questão da igualdade material, base do Estado Democrático de Direito.

Não se pode deixar de considerar na pesquisa a questão da produtividade, dos custos de produção e da competitividade das empresas brasileiras. Até que ponto o mecanismo de controle social através de ações afirmativas onera a iniciativa privada? As pessoas com deficiência e os jovens sem experiência profissional tem um custo superior aos demais trabalhadores? Perquirir sobre esses questionamentos exige do pesquisador uma

análise das vantagens e desvantagens no tocante aos custos de contratação, das possíveis interferências de outras legislações e da realidade do mercado de trabalho para as categorias pesquisadas.

Contribuíram para a escolha do tema as modificações sentidas na empregabilidade ante a fiscalização do Ministério do Trabalho e Emprego no estado do Ceará, quando da inserção das duas categorias escolhidas pelo legislador para serem beneficiadas através das ações afirmativas: as pessoas com deficiência e os jovens aprendizes. À medida que se intensificava a atuação da fiscalização, observou-se a mudança no contexto social e econômico de tais trabalhadores. As pessoas com deficiência, antes preteridas no momento da contratação, hoje são disputadas, fato que pode ser demonstrado pelos anúncios em jornais de grande circulação e pelo aumento exponencial no número de contratações após o início da cobrança na aplicação da lei. Os cursos de aprendizagem, antes poucos e apenas oferecidos pelos Serviços Nacionais de Aprendizagem, hoje abrangem trinta e três organizações não governamentais voltadas para a formação profissional de jovens nas mais diversas áreas de atuação.

A observação desses fatos trouxe o interesse em analisar de forma científica as duas normas mencionadas, avaliando se o objetivo de concretização do direito fundamental ao trabalho foi alcançado e até que ponto foram provocadas mudanças no meio social através das ações afirmativas.

O objetivo da pesquisa é avaliar o instrumento legal das ações afirmativas quando utilizado para concretizar o direito fundamental ao trabalho. Para que isso ocorra, é preciso medir o grau de eficácia dessas leis, identificando o impacto social das ações afirmativas para inserção jovens aprendizes e de pessoas com deficiência no mercado de trabalho. Visa-se, também, a avaliar a importância da fiscalização exercida pelo Ministério do Trabalho e Emprego enquanto mecanismo garantidor do cumprimento das normas de contratação compulsória.

Sendo assim, parte-se dos seguintes questionamentos: O valor social do trabalho justifica uma atuação direta do Estado no poder de contratar do empresário, por meio das ações afirmativas? As ações afirmativas brasileiras no mercado de trabalho, para inserção de pessoas com deficiência e jovens aprendizes, são eficazes no sentido de concretização do direito fundamental ao trabalho? Foram provocadas mudanças sociais na aceitação dessas pessoas nas empresas brasileiras após a criação das leis de cotas?

Quanto à classificação tradicional, o método científico adotado será o hipotético-dedutivo, em que, a partir das hipóteses formuladas, deduz-se a solução do problema, ou seja, a

hipótese levantada é a concretização do direito fundamental ao trabalho através das ações afirmativas brasileiras (cotas) para a inserção de aprendizes e de pessoas com deficiência no mercado de trabalho. Tal hipótese será analisada em sua eficácia para verificar se a norma cumpre a finalidade a que se propõe.

Quanto aos objetivos, a pesquisa é exploratória e descritiva. Quanto à fonte dos dados, a pesquisa é eminentemente bibliográfica, com pequena parcela realizada em campo; isso porque, além da pesquisa em livros, periódicos, documentos oficiais, páginas da internet, etc., ainda ser realizou a aplicação de questionário, como método para avaliar a eficácia social das leis de cotas no mercado de trabalho.

A modalidade de campo, não possui a pretensão de trazer respostas científicas, sendo muito mais um mecanismo exploratório de avaliação da pertinência deste tipo de abordagem na seara jurídica, do que uma pesquisa na real acepção do termo. Utilizando-se um levantamento através da interrogação direta das pessoas cuja opinião se quer conhecer, por ser o procedimento útil para pesquisas exploratórias e descritivas, passou-se pelas etapas de seleção da amostra, aplicação de questionário, tabulação dos dados e análise, com o auxílio de ferramentas estatísticas. Dessa forma, pretende-se lançar a possibilidade de novos instrumentos para conhecer a realidade jurídica.

Os questionários foram aplicados junto a representantes de empresas que contratam pessoas com deficiência e jovens aprendizes, abordando questões sobre o grau de satisfação da empresa com esses trabalhadores contratados e sobre a necessidade de existência da lei para que tal contratação fosse realizada. Os questionários aplicados se encontram em anexo.

O procedimento da pesquisa será monográfico. Quanto à sistemática, a pesquisa é qualitativa.

O tema será abordado ao longo de quatro capítulos. Partindo-se da teoria dos direitos fundamentais e do tratamento dado aos direitos sociais na Constituição Federal de 1988, demonstrar-se-á que os direitos fundamentais não podem ser apenas princípios norteadores, devem ser levados ao mundo dos fatos através de políticas públicas efetivas. Com especial atenção, serão analisados os princípios da igualdade e da liberdade em sua interdependência, considerando que as ações afirmativas podem privilegiar um princípio em detrimento de outro e, conseqüentemente, privilegiar uma pessoa em detrimento de outra.

No segundo capítulo, será introduzido o conceito geral de ações afirmativas e serão apresentadas as justificativas de sua utilização.

No capítulo seguinte, adentrar-se-á na pauta específica das ações afirmativas no mercado de trabalho, sendo apresentados o quadro de desemprego no Brasil e a existência de grupos com características peculiares que dificultam o acesso ao emprego, bem como a

manutenção dele, gerando o desemprego seletivo, razão da existência de políticas públicas que visem à igualdade de oportunidades.

O fechamento da pesquisa, presente no capítulo final, dar-se-á com a avaliação do grau de eficácia das leis de cotas no mercado de trabalho. O capítulo irá discorrer sobre o critério da eficácia na contemporaneidade, estudando a lei da aprendizagem e a de cotas de pessoas com deficiência na iniciativa privada, quanto à sua eficácia jurídica, logística e social.

Sendo assim, serão levantados os dados relativos à empregabilidade de pessoas com deficiência e aprendizes após a implementação das legislações de contratação compulsória respectivas, bem como do início da atuação do Ministério do Trabalho e Emprego, na fiscalização do cumprimento das cotas, e da participação de outros atores sociais envolvidos no processo, tais como as instituições que promovem aprendizagem.

Para medir o grau de eficácia social, porém a título de exercício acadêmico de caráter meramente exploratório, será realizada pesquisa de campo com aplicação de questionário sobre o grau de satisfação dos responsáveis pela seleção e acompanhamento dos cotistas ante a obrigatoriedade de contratação, o desempenho dos trabalhadores contratados e a ocorrência de uma mudança na visão empresarial quanto ao trabalho desenvolvido por estes.

A análise dos dados coletados – através de diversos sintomas sociais, tais como a oferta de melhores condições de trabalho e de salário para esses trabalhadores e o aumento no número de cursos profissionalizantes para a categoria, bem como as entrevistas realizadas – permitirá que se avaliem as mudanças sociais ocorridas através das ações afirmativas.

2 DIREITOS FUNDAMENTAIS E O PRINCÍPIO DA IGUALDADE

O referencial para a pesquisa jurídica sobre as ações afirmativas no mercado de trabalho aqui desenvolvida é a teoria dos direitos fundamentais. Isso porque tais ações se prestam a garantir a efetivação do direito fundamental ao trabalho, sem perder de vista suas implicações para com os princípios da ordem econômica e a implementação da igualdade enquanto instrumento garantidor da justiça social.

Este arcabouço teórico se presta a justificar a intervenção do Estado na economia através das ações afirmativas, tornando-se essencial à tomada de decisões judiciais atinentes a temas em que políticas públicas concretizam direitos fundamentais.

Importante salientar que o estudo se volta para a concretização ou a efetividade, em seu sentido jurídico, que, segundo Barroso, significa a “(...) realização do direito, o desempenho concreto de sua função social. Representa a materialização dos fatos, dos preceitos legais e simboliza a aproximação, tão íntima quanto possível, entre o dever-ser normativo e o ser da realidade social.”⁴ Não se pode, então, perder de vista o aspecto prático do instituto estudado, nem mesmo quando se abordam seus delineamentos teóricos.

A teoria dos direitos fundamentais, portanto, será trazida apenas como esclarecimento para a interpretação da realidade analisada. Sendo assim, serão apresentados somente os tópicos que, de certa forma, influenciaram no desenvolvimento da pesquisa aplicada.

2.1 Conceito e Delimitação dos Direitos Fundamentais

Antes de tudo, hão de ser feitas considerações terminológicas pertinentes. A primeira delas, definindo os próprios direitos fundamentais em confronto com outras espécies normativas.

Sarlet faz diferenciação didática entre as expressões direitos humanos e direitos fundamentais: estes são também relativos ao ser humano, mas estão necessariamente vinculados a um dado ordenamento jurídico, de forma positivada em nível constitucional; aqueles são positivados em dispositivos internacionais, reconhecendo o indivíduo de forma independente do Estado do qual faz parte.⁵

⁴BARROSO, Luís Roberto. **O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas**: limites e possibilidades da constituição brasileira. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1993, p. 79.

⁵SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos Direitos Fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 29.

Observe-se que não há uma diferenciação material entre as duas espécies, mas tão somente no tipo de instrumento que se presta à sua exteriorização e em seu próprio alcance: um restrito à ordem constitucional de um país e o outro com abrangência internacional.

A característica mais marcante desses direitos, em termos materiais, é a vinculação à dignidade da pessoa humana⁶, existindo, em cada direito fundamental, uma parcela de projeção dessa dignidade, embora com intensidade variável, sendo mais presente em alguns direitos do que em outros⁷.

Também na visão de Canotilho, os direitos fundamentais têm por diferencial sua positivação em nível constitucional e, portanto, devem ser interpretados como normas vinculantes e “não como trechos ostentatórios ao jeito das grandes declarações de direitos”⁸.

Na junção dos elementos trazidos, pode-se definir direitos fundamentais como aqueles direitos vinculados à dignidade da pessoa humana e positivados na ordem constitucional de um dado país.

2.1.1 Direitos fundamentais na ordem constitucional brasileira

Após adotar esta conceituação geral, resta definir, dentro de um sistema normativo, quais direitos podem ser considerados fundamentais.

Um dos autores que mais contribuem para tal construção é Robert Alexy. Entretanto, é justo proceder a advertência de que suas colocações se referem à Constituição alemã, sendo necessárias e inevitáveis adaptações para a realidade da Constituição brasileira⁹.

⁶Não existe conceito firmado sobre o que seja de forma específica a “dignidade da pessoa humana”. Utilizando os ensinamentos de Kant, pode-se concluir que resguardar a dignidade humana é não permitir que um homem utilize outro como instrumento, sendo que o homem existe “[...] como um fim em si mesmo, e não apenas como meio para o uso arbitrário desta ou daquela vontade”. KANT, Immanuel. **Fundamentos da metafísica dos costumes**. Tradução de Leopoldo Holzbach – São Paulo: Martin Claret, 2008, p. 58. Sarlet a identifica como sendo “a própria condição humana (e, portanto, do valor intrínseco reconhecido às pessoas no âmbito das suas relações inter-subjetivas) do ser humano e que desta condição e de seu reconhecimento pela ordem jurídico constitucional decorre um complexo de posições jurídicas fundamentais”. SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e Direitos Fundamentais**. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 147.

⁷Ingo Wolfgang Sarlet frisa que pode haver exceções a tal afirmativa, mas que, em princípio, os direitos fundamentais são expressões da dignidade da pessoa. *Ibid.*, p. 88.

⁸CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Lisboa: Almedina, 2003, p. 378.

⁹Os conceitos desenvolvidos por Alexy delimitam sua teoria dos direitos fundamentais em uma perspectiva jurídica e geral, voltada para a Constituição alemã. Como teoria de direitos fundamentais de uma dada constituição, é um direito posto e vigente naquele país. Não se confunde com teorias de direitos fundamentais que existiram no passado, que chama de histórico-jurídicas, nem dos direitos fundamentais em si, que denomina filosófico-jurídicas; embora saliente que o estudo comparado com os direitos fundamentais nas constituições de outros países e a interpretação histórica sejam importantes na interpretação do direito ora posto, como também a base das estruturas possíveis dos direitos fundamentais da Constituição alemã requer

A visualização dos direitos fundamentais de Alexy se volta para os casos concretos, em um viés prático da ciência do direito, que, exatamente por isso, são pertinentes para o estudo do direito fundamental ao trabalho por meio das ações afirmativas, ora desenvolvido. Em última análise, as construções teóricas são feitas para que o juiz possa decidir e para que a ciência do direito chegue ao mundo dos fatos. Desse modo, as dimensões analítica, empírica e normativa devem ser integradas para que tal ciência se torne racional¹⁰.

A estrutura que sua teoria delineou demonstra que, para um enunciado normativo constitucional ser considerado fundamental, devem ser analisados seus aspectos materiais e estruturais e/ou formais, de forma combinada. Até, porque, segundo o autor, existem direitos que, embora não estejam positivados, são fundamentais por sua substância e pertencem ao corpo de uma ordem constitucional, desde que desta possam ser deduzidos¹¹.

No direito brasileiro, há alusão expressa ao que se pode chamar de fundamentalidade atribuída em função da matéria, pois o parágrafo 2º do artigo 5º da Constituição Federal assevera que podem existir outros direitos não expressos, mas que são decorrentes do regime e dos princípios adotados, ou constam de tratados internacionais dos quais o Brasil faça parte. Podem então se perfilar ao conceito todos os direitos que consubstanciem a dignidade humana e estejam de forma explícita ou implícita em uma determinada ordem constitucional¹².

Há, entretanto, diversas outras concepções de quais direitos são considerados fundamentais em uma ordem constitucional. Algumas são mais restritivas, outras apenas diferentes da aqui adotada¹³. Como a abordagem pretendida visa, tão somente, a apresentar

uma análise jurídico-filosófica. ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 31-84.

¹⁰Para decidir o caso concreto, é necessário que se conheça o direito posto (dimensão empírica), muitas vezes fundamentá-lo com valores adicionais (dimensão normativa) e conhecer os conceitos e sistemas a ele inerentes (dimensão analítica). ALEXY, 2008, p. 31-84.

¹¹Ingo Wolfgang Sarlet menciona a maneira como vem sendo tratado este reconhecimento dos direitos fundamentais implícitos pela doutrina, de forma que poucos são mencionados, até mesmo pelo rol analítico de direitos fundamentais da Constituição brasileira. In SARLET, 2009, p. 78-79.

¹²VIEIRA, Oscar Vilhena. **Direitos Fundamentais**: uma leitura da jurisprudência do STF. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 32.

¹³Menciona-se os brasileiros Dimoulis e Martins, que definem direitos fundamentais como “direitos públicos-subjetivos de pessoas, contidos em dispositivos constitucionais e, portanto, que encerram caráter normativo supremo dentro do estado, tendo como finalidade limitar o exercício do poder estatal em face da liberdade individual”. Sua definição traz como elementos os sujeitos da relação (pessoas x Estado), a finalidade destes direitos, como a limitação do poder estatal para preservar a liberdade individual, e sua fundamentalidade formal. Os direitos fundamentais seriam aqueles que possuem força jurídica constitucional, não concordando com parte da doutrina que define a fundamentalidade de certos direitos por seu conteúdo. Adotam uma definição mais restritiva vinculada a uma determinada concepção de Estado, em que os Direitos fundamentais teriam a finalidade de limitar o exercício do poder estatal em face da liberdade individual. O exercício do poder estatal poderia ser feito de forma a abster-se de fazer algo, ou obrigar-se a fazer algo. DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. Definição e características dos Direitos Fundamentais. In: LEITE, George Salomão;

como fundamental o direito ao trabalho, foi feita a escolha pela Teoria dos Direitos Fundamentais de Robert Alexy.

Já adentrando na seara dos direitos fundamentais de cunho social, ao mesmo entendimento da fundamentalidade formal e material dos direitos, alia-se Canotilho. Traz ainda outro aspecto que é conveniente agregar à caracterização do direito ao trabalho como fundamental – o contexto republicano – que torna imperativa sua concretização. Este autor demonstra que, na modernidade liberal, prega-se a garantia do mínimo de ordem para se chegar ao máximo de liberdade; na fase republicana, o homem exige soluções positivas, que incluam progresso, educação, saúde e outros direitos mais vinculados à questão da igualdade¹⁴.

Na concepção republicana dos direitos fundamentais, também conhecida como democrática-funcional, os pontos de destaque perpassam pelo exercício dos direitos fundamentais no interesse público e com o entendimento de fazer parte de uma comunidade.

Com isso, o exercício da liberdade é, antes de tudo, um meio para se garantir o processo democrático, de forma a se articularem direitos e deveres. A lógica de Canotilho, para os direitos fundamentais em uma perspectiva republicana, é o reconhecimento “não de ‘direitos em si’ e ‘para si’, mas de direitos para outrem”, saindo da “subjetividade para a intersubjetividade”¹⁵.

Como aqui se trata da efetivação de direitos fundamentais dentro do ordenamento jurídico brasileiro, e sendo o Brasil uma república e um estado democrático de direito, deve haver, em qualquer projeção normativa dos direitos fundamentais, o estudo de seus impactos na concretização da democracia republicana, ou seja, a intersubjetividade referida por Canotilho dever nortear a apreciação jurídica das normas de direitos fundamentais no Brasil.

Ancorando-se nessa perspectiva de direitos fundamentais como aqueles vinculados à dignidade da pessoa humana (e dentro do contexto republicano), positivados na Constituição Federal, conclui-se que o trabalho é direito fundamental; sendo, inclusive, desnecessário que se aprofunde o tema, vez que materialmente pertence à categoria e formalmente está insito no capítulo referente aos direitos sociais, típicos da democracia republicana.

SARLET, Ingo Wolfgang (Coord.). **Direitos Fundamentais e Estado Constitucional**. São Paulo: RT, 2009, p 118-136.

¹⁴CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Estudos sobre Direitos Fundamentais**. 2. ed. Coimbra: Coimbra editores, 2008, p. 30-31.

¹⁵*Ibid.*, p. 34.

Já as ações afirmativas no mercado de trabalho, embora sejam instrumentos de concretização de um genuíno direito social e também mecanismos garantidores da efetivação da igualdade e até mesmo da liberdade do ser humano (dois dos mais básicos direitos fundamentais no Brasil), as ações afirmativas não se tornam direitos fundamentais em si, ou seja, a legislação que trata das ações afirmativas no mercado de trabalho não é um direito fundamental. É tão somente um instrumento ou política pública, para a concretização de direitos fundamentais. Dessa forma, a ação afirmativa é escolha do legislador e pode ser reavaliada ou mesmo retirada, caso se conclua que existam outros instrumentos mais eficientes para a concretização do direito fundamental social a que se propõe realizar.

2.1.2 Direitos fundamentais sociais

Os direitos sociais são também parcela da defesa da dignidade humana e estão contemplados na Constituição Federal, topograficamente falando, no Título II, que trata dos direitos e das garantias fundamentais.

Bonavides os denominou direitos fundamentais de segunda geração, juntamente com os culturais, econômicos e coletivos. São vinculados ao princípio da igualdade e, do ponto de vista ideológico, às constituições marxistas e da social democracia¹⁶.

A nota diferenciadora dos direitos fundamentais sociais com relação aos direitos fundamentais de 1ª geração, ou de liberdade, é a exigência de prestações positivas para que se realizem. Neles não basta a simples abstenção por parte do Estado, é necessária a participação ativa e a criação de mecanismos que interfiram na realidade social.

Tais mecanismos geram custos, e, segundo Bonavides, por este motivo, os direitos sociais atravessaram uma fase de baixa eficácia, sendo relegados a normas de caráter programático. Com o advento das cláusulas de aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais, no Brasil apresentadas através do parágrafo 1º do artigo 5º da Constituição Federal, a tendência é que se tornem de exigência tão imediata quanto os de 1ª geração ou direitos de liberdade¹⁷.

Para Alexy, “[...] quando se fala em direitos fundamentais sociais, como, por exemplo, direitos à assistência à saúde, ao trabalho, à moradia e à educação, quer-se primariamente fazer menção a direito à prestação em sentido estrito”¹⁸, ou seja, a

¹⁶BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 564 -565.

¹⁷*Ibid.*

¹⁸ALEXY, 2008, p. 499.

nomenclatura utilizada pelo autor para tais direitos os vincula à questão da prestação positiva, demonstrando, novamente, ser essa sua nota diferenciadora dos demais direitos fundamentais.

Dessa forma, é pacífico na doutrina serem os direitos sociais também direitos fundamentais, tanto no aspecto formal quanto no aspecto material¹⁹. Como características especiais possuem a simbiose com o princípio da igualdade e a exigência de prestações positivas por parte do Estado e, conforme se desenvolverá a seguir, da própria sociedade, para que ocorra sua efetivação.

O direito ao trabalho, como legítimo direito fundamental social, deve se realizar no mundo dos fatos através de prestações positivas. Um dos mecanismos para lhe garantir aplicabilidade imediata são as ações afirmativas.

2.1.3 Aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais sociais

Como direitos fundamentais que são, os direitos culturais, econômicos e sociais também estão sob a égide do parágrafo 1º do artigo 5º da Constituição Federal, que a estes confere aplicabilidade imediata. Ocorre que a aplicabilidade dos direitos sociais torna-se diferente daquela relativa aos direitos de liberdade.

Primeiramente, por exigirem prestações positivas – o que acarreta questões de ordem econômica relativas aos custos envolvidos e porque tais prestações se traduzem em normas de técnica legislativa diferenciada – precisam levar em consideração questões de natureza orçamentária e de repartição de receitas. Convém salientar, como fez Sarlet, que existe também a dimensão negativa dos direitos sociais, consubstanciada, por exemplo, através da vedação de discriminação no acesso ao trabalho. Na vertente negativa, *a priori*, não se vislumbra custo envolvido, uma vez que se trata de uma obrigação de não fazer ou de uma abstenção.²⁰

Ocorre que a mera abstenção é insuficiente para garantir o acesso ao trabalho digno, sendo necessárias medidas que vão desde o investimento por parte do Estado em formação profissional de qualidade, até aquelas que afetam os particulares, como as ações afirmativas aqui estudadas.

É importante lembrar que todos os direitos – mesmo aqueles de liberdade ancorados no artigo quinto – geram gastos, o diferencial é que seus custos estão diluídos em

¹⁹Neste sentido: SARLET, 2009; SILVA, Virgílio Afonso da. **A Constitucionalização do Direito**. São Paulo: Malheiros, 2008; MARMELSTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais**. São Paulo: Atlas, 2008.

²⁰SARLET, 2009, p. 282.

toda a máquina estatal. O aparelhamento judicial do Estado que permite o devido processo legal, garantindo liberdade, tem custo elevadíssimo; mas não se pode dizer que está vinculado a uma ou outra pessoa de forma individual.²¹

No caso dos direitos sociais, que geram prestações positivas, os gastos são vinculados a cada cidadão de forma particular e, muitas vezes, carecem de previsão no planejamento orçamentário estatal. São, segundo Sarlet, “prestações do Estado diretamente vinculadas à destinação, distribuição (e redistribuição), bem como à criação de bens materiais, aponta-se, com propriedade, para sua dimensão economicamente relevante”²², o que significa que detêm impacto importante no orçamento público.

Os recursos estatais são bens escassos e devem ser distribuídos de forma coerente por toda a população, daí o grande entrave na concretização dos direitos sociais para todos. O mundo dos fatos atesta diuturnamente que, por uma série de fatores, a efetivação de vários direitos sociais não ocorre, pelo menos para parcela significativa da população.

Como aqui se trata de recursos escassos, não se pode deixar de mencionar a teoria da reserva do possível em sua tríplice dimensão. Ela abrange a existência de recursos suficientes para a efetivação do direito, a disponibilidade jurídica de acordo com o sistema de competências, receitas e despesas do país e a proporcionalidade ou razoabilidade da prestação que se exige. Tal teoria se apresenta como um limite assentado na realidade para a efetivação dos direitos sociais.²³

Pode-se afirmar que, embora dentro dos limites do possível e de acordo com os custos gerados, os direitos fundamentais sociais possuem aplicabilidade imediata e esta pode ser requerida em sede judicial.

2.1.4 Eficácia horizontal dos direitos sociais

Outra questão a ser desenvolvida na efetivação do direito ao trabalho para vítimas de discriminação – essencial à contratação compulsória de trabalhadores como mecanismo para efetivação de seu direito à igualdade – é a obrigatoriedade de obediência aos direitos fundamentais em relações entre particulares.

Abrantes, dissertando sobre o significado e a função dos direitos fundamentais no âmbito do contrato de trabalho, aponta para uma relação de trabalho concebida com as ideias

²¹SARLET, 2009., p. 285.

²²*Ibid.*, p. 284.

²³*Ibid.*, p. 287.

de qualidade de vida e realização pessoal do trabalhador, em consonância com a efetivação dos direitos fundamentais, porque “a autonomia privada e a liberdade contratual não são valores absolutos, antes aparecem subordinados pela Constituição ao projeto de uma ordem social assente na dignidade da pessoa humana”²⁴.

Tal dignidade não pode permitir uma sociedade em que a liberdade de uns sirva para aniquilar a de outros, pois o ser humano vive em comunidade e o desenvolvimento de todos é interdependente com o de cada um. Desse modo, conclui o autor que os direitos fundamentais se espraiam nas relações entre os particulares²⁵. No tocante à não discriminação no mercado de trabalho, deve-se “redimensionar a discricionariedade inerente aos poderes diretivo e disciplinar do empregador”²⁶.

Oferecendo um contraponto à leitura acima colocada, mencionam-se as preocupações em artigo de Cruz, que indaga, seguindo o raciocínio da aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais sociais nas relações entre os particulares, se poderia ser exigido de uma escola particular a matrícula de aluno inadimplente por força do direito fundamental à educação. Igualmente questiona se um hospital particular pode ser obrigado a atender pessoa que não tenha condições de arcar com suas despesas com base no direito fundamental à saúde, ou se uma farmácia seria obrigada a oferecer medicamentos gratuitos aos carentes para garantir sua saúde e dignidade²⁷.

Por levar a ditos questionamentos, a vinculação dos particulares aos direitos fundamentais sociais tem sido alvo de polêmica no Brasil; embora esteja claro, na própria Constituição, que a obrigação direta em casos como educação e saúde recaia sobre o Estado, sujeito passivo da obrigação, não se afasta de toda a existência de irradiação para o âmbito particular²⁸. Como prova dessa irradiação, tem-se que o aluno de instituição particular não

²⁴ABRANTES, José João. **Contrato de Trabalho e Direitos Fundamentais**. Coimbra: Coimbra Editores, 2005, p. 204.

²⁵Convém salientar que as ideias desenvolvidas pelo autor são a partir da ordem Constitucional portuguesa, entretanto entende-se que são perfeitamente compatíveis com a Constituição brasileira nos itens mencionados, embora na Constituição Portuguesa exista cláusula expressa com a previsão de vinculação dos particulares aos direitos fundamentais, art.18/1. *Ibid.*, p. 205.

²⁶*Ibid.*, p. 212.

²⁷Para fazer face a tais questionamentos, apresenta-se a doutrina estrangeira atinente ao tema nas formulações da *State Action Doctrine*, teoria da convergência estatista, teoria dos deveres de proteção, teoria da aplicação indireta dos direitos fundamentais e teoria da aplicação direta dos direitos fundamentais. CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. Um olhar crítico-deliberativo sobre os Direitos Sociais no Estado Democrático de Direitos. In: SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de (Org.). **Direitos Sociais: fundamentos, judicialização e Direitos Sociais em Espécie**. SARMENTO, Daniel, SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. (Org.). Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2010, p. 99.

²⁸SARLET, 2009, p. 376.

pode ser desligado no decorrer do ano letivo²⁹, bem como o hospital particular não pode negar atendimento médico em caso de emergência, mesmo que o paciente sabidamente não possa arcar com os custos do tratamento³⁰. Entretanto, em ambos os casos, não está prevista a prestação gratuita do serviço particular: tanto a escola pode promover as medidas judiciais para a cobrança de suas mensalidades atrasadas, quanto o hospital poderá cobrar pelo atendimento.

Sarlet lembra ainda que os direitos fundamentais de liberdade também devem ser protegidos nas relações entre os particulares, pois, muitas vezes, os detentores dos poderes social e econômico são os que mais ameaçam o exercício de tais liberdades³¹. Afinal, não se pode duvidar de que, por mais das vezes, o poder advindo da situação econômica é até mais capaz de restringir a liberdade do que a ação do Estado, que já possui todo um sistema legal limitativo.

Ademais, se a dignidade da pessoa humana é capaz até mesmo de limitar a autonomia privada da própria pessoa³² – haja vista não ser permitida, por exemplo, a venda de órgãos humanos – quanto mais quando se trata da relação com outrem, definida dentro dos direitos fundamentais, que têm como núcleo a dignidade.

Por fim, tem-se que a cláusula de aplicabilidade imediata pressupõe a irradiação direta dos direitos fundamentais entre os particulares, entretanto, é somente no caso concreto que se poderá aferir a intensidade com que tais efeitos ocorrerão. Para tal, devem ser utilizadas as técnicas de compatibilização de princípios e regras que serão adiante estudadas.

Quando se trata do direito fundamental ao trabalho, a irradiação se consubstancia na obrigatoriedade, por parte dos contratantes, em utilizar critérios não discriminatórios na seleção e na contratação de seus empregados.

2.1.5 O papel do Estado na implementação dos direitos sociais

Ao longo da história, o papel do Estado na implementação dos direitos sociais vem se modificando. No momento do Estado Liberal, a grande preocupação era afastar o Estado da esfera de liberdade do indivíduo, deixando que as leis do mercado regulassem

²⁹Lei nº 9.870, de 23 de novembro de 1999, dispõe sobre o valor total das anuidades escolares e dá outras providências.

³⁰O artigo 135 do Código Penal Brasileiro trata do crime de omissão de socorro. Decreto-lei 2.848, de 07 de dezembro de 1940.

³¹SARLET, 2009, p. 378.

³²*Ibid.*, p.381-382.

livremente as relações entre as pessoas. Essa ideologia servia de forma perfeita aos anseios de uma burguesia emergente, mas ficou claro que não beneficiava grande parte da população.

Para Bonavides, a pretensão burguesa de fazer “da doutrina de uma classe a doutrina de todas as classes” iniciou o processo que levaria do princípio liberal ao princípio democrático, no qual o homem deveria participar da formação da vontade do Estado.³³

Tanto como no liberalismo, se impôs a visão de uma classe: também nas ideias marxistas a classe operária imporia sua ideologia para os demais. A consequência dessa polarização prejudica o princípio democrático e a dignidade da pessoa humana.

As duas experiências políticas demonstram a exigência de uma intervenção ótima, que não pode permitir nem que os homens degradem-se mutuamente em um Capitalismo selvagem nem que o Estado interfira de tal forma a retirar do homem sua dignidade e vontade própria. A liberdade já não pode ser considerada sem levar em conta os fatores econômicos que garantam sua efetividade. Nasce daí a necessidade premente da atuação do Estado como sucedâneo dessa liberdade social que emerge estabelecendo políticas públicas garantidoras de vida digna.

Na realidade brasileira, a Constituição de 1988, com seu caráter eminentemente social, é a pedra de toque no balizamento da atuação estatal na atividade econômica. Tem-se também o poder judiciário como garantidor desta Constituição que se fundamenta na dignidade da pessoa humana. No Estado Social, não poderá um dos poderes furtar-se a intervir no sentido de garantir o pleno desenvolvimento das pessoas que compõem o corpo social.

Como ponto de destaque dos direitos sociais, devido a seu relacionamento com a intervenção estatal na economia, tem-se a condição de respeito e consideração que deve o Estado à pessoa humana e a garantia de condições existenciais mínimas para uma vida saudável, dentre as quais se destaca o trabalho. Salta aos olhos já na delimitação inicial da dignidade humana, que a intervenção estatal é fundamental para sua efetivação. Resta saber o limite entre a intervenção que garante dignidade e a intervenção que, ao contrário, vilipendia o ser humano.³⁴

Tecendo considerações sobre os princípios da ordem econômica, Eros Grau menciona que o direito atribui consequências às situações por ele descritas, razão pela qual os fundamentos da ordem econômica, como o valor social do trabalho, vinculam a atuação do Estado de forma plena.

[...] O direito não descreve situações ou fatos senão para a eles atribuir consequências jurídicas. Por isso o texto do artigo 170 não afirma que a ordem econômica está fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa e tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, senão que ela *deve estar* – vale dizer, *tem que necessariamente estar* – fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, e *deve ter* – vale dizer, *tem que necessariamente ter* – por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social. A perfeita compreensão dessa obviedade é essencial, na medida em que informará a plena compreensão de que qualquer prática econômica (mundo do ser) incompatível com a valorização do trabalho

³³BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. 8. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2007, p. 43.

³⁴ARAÚJO, Elizabeth Alice Barbosa Silva de. Interferência do Estado na Economia e Dignidade da Pessoa Humana. *In*: ENCONTRO NACIONAL DO CONSELHO NACIONAL DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO (CONPEDI), 19., 2010, Fortaleza. **Anais...** Florianópolis: Boiteaux, 2010a.

humano e com a livre iniciativa, ou que conflite com a existência digna de todos, conforme os ditames da justiça social, será adversa à ordem constitucional. Será, pois, *institucionalmente inconstitucional*.³⁵ (grifos do autor)

Os mecanismos de acesso ao emprego, caso prejudiquem o fundamento do valor social do trabalho, devem ser corrigidos pelo Estado. Sendo assim, se a política adotada pela iniciativa privada para selecionar seus trabalhadores está imbuída de práticas discriminatórias, que impedem parcela da população de usufruir seus direitos fundamentais, cabe a intervenção estatal para garantir a dignidade humana. Uma das maneiras como ocorre esta intervenção são as ações afirmativas.

2.2 A Igualdade através da Efetivação dos Direitos Sociais

A sustentação teórica da existência de ações afirmativas de qualquer natureza é o princípio da igualdade. Dessa forma, um estudo acerca da eficácia das ações afirmativas, que visa a apurar se estas possuem sustentação do ponto de vista teórico e resultados sociais positivos sob ponto de vista prático, não pode se furtar a, pelo menos perfunctoriamente, estudar tal princípio quanto à sua evolução e conceitos.

Por outro lado, o tópico aqui abordado trata de uma problemática em que, *prima facie*, o princípio da igualdade estaria em rota de colisão. Essa é a razão pela qual também não se deixará de realizar uma breve revisão de noções basilares sobre o princípio da liberdade.

Nem poderia ser diverso, uma vez que o estudo aqui proposto trata da igualdade e de sua visceral interdependência com a liberdade, demonstrando a evolução e as acepções daquela, desde a igualdade formal, material até a busca pela igualdade de oportunidades e de resultados, considerando o contexto contemporâneo.

2.2.1 Igualdade formal

A igualdade formal foi o primeiro entendimento jurídico do princípio da igualdade, forjado no nascedouro do estado liberal. Tinha como principal objetivo o corte de privilégios para a nobreza, que tanto incomodava a burguesia em ascensão. Sua base seria a generalidade e a abstração, criando no direito um espaço onde a lei deveria ser aplicada de forma igual, sem criar distinções relativas a classes sociais. Talvez fosse o suficiente para aquele momento histórico em que a liberdade e a mobilidade sociais, tão almejadas, eram

³⁵GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 195-196.

tolhidas pelas próprias leis. Criando um sistema legal supostamente *cego*, que não veria a distinção social e de origem entre os cidadãos, acreditava-se fazer justiça através de neutralidade. Joaquim Barbosa Gomes assim define a igualdade formal:

Com efeito, foi a partir das experiências revolucionárias pioneiras os EUA e da França que se edificou o conceito de igualdade perante a lei, uma construção jurídico formal segundo a qual a lei, genérica e abstrata, deve ser igual para todos, sem qualquer distinção ou privilégio, devendo o aplicador fazê-la incidir de forma neutra, sobre as situações jurídicas concretas e sobre conflitos interindividuais. Concebida com o fim específico de abolir os privilégios típicos do *ancien regime* e para dar cabo às distinções e discriminações baseadas na linhagem, no *rang*, na rígida e imutável hierarquização social por classes (*classement par ordre*), essa clássica concepção de igualdade jurídica, meramente formal, firmou-se como idéia-chave do constitucionalismo que floresceu no século XIX e prosseguiu sua trajetória triunfante por boa parte do século XX.³⁶

Para Piovesan, a igualdade formal é uma das três concepções aceitas de igualdade, correspondendo à máxima de que *todos são iguais perante a lei* e visando, de forma mais objetiva, à eliminação de privilégios. Diferente da formal, seria a igualdade material ancorada no ideal de justiça social e distributiva e, um segundo tipo de justiça material, ligada ao reconhecimento de identidades, como o gênero, orientação sexual, idade, etc.³⁷ Para a autora “o temor da diferença é fator que permite compreender a primeira fase de proteção dos direitos humanos, marcada pela tônica da proteção geral e abstrata, com base na igualdade formal”.³⁸

Em sua conceituação de igualdade, Canotilho considera a igualdade formal ou jurídica como um pressuposto para a liberdade individual, que deverá alcançar todos os indivíduos de um ordenamento jurídico. Essa igualdade formal possuiria duas dimensões basilares: a igualdade na aplicação do direito e igualdade na criação do direito.³⁹

A igualdade na aplicação do direito é a obrigação dos tribunais e órgãos administrativos de aplicar a lei já posta, sem distinções não previstas. Já a igualdade quanto à criação do direito é a obrigação do legislador de criar um direito igual para todos.⁴⁰

O princípio da igualdade, no sentido de igualdade na própria lei, é um postulado de racionalidade prática: para todos os indivíduos com as mesmas características devem prever-se, através da lei, iguais situações ou resultados jurídicos. Todavia, o princípio da igualdade, reduzido a um postulado de universalização, pouco adiantaria, já que ele permite discriminação quanto ao conteúdo (exemplo: todos os

³⁶GOMES, Joaquim Benedito Barbosa; SILVA, Fernanda Duarte Lopes Lucas da. 2003. **As ações afirmativas e os processos de promoção da igualdade efetiva**. Disponível em: <<http://daleth.cjf.jus.br/revista/SerieCadernos/Vol24/artigo04.pdf>>. Acesso em: 12 jul.2012.

³⁷PIOVESAN, Flávia. Igualdade, diferença e Direitos Humanos: perspectivas global e regional. In: LEITE, George Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Direitos Fundamentais e Estado Constitucional**: estudos em homenagem a J. J. Gomes Canotilho. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009a, p. 296.

³⁸*Ibid.*, p. 296.

³⁹CANOTILHO, 2003, p. 426.

⁴⁰*Ibid.*, p. 426.

indivíduos da raça judaica devem ser sinalizados na testa; todos nos indivíduos da <raça negra> devem ser tratados <igualmente> em <escolas> separadas das escolas reservadas aos brancos). A lei tratava igualmente todos os judeus e todos os negros, mesmo que criasse para eles uma disciplina intrinsecamente discriminatória.⁴¹

Dessa forma, a criação de um direito igual exige a igualdade material perante a lei, no sentido de trazer para a norma o conteúdo da igualdade. A solução seria o deslocamento da lógica aplicada, que seria conduzida da identidade à diferenciação.⁴²

A fragilidade de uma concepção meramente formal da igualdade está em ignorar as condições sociais, econômicas e culturais dos indivíduos, considerando todos no mesmo patamar⁴³. É notório que as diferenças condicionantes impedem a fruição plena da isonomia, mesmo que esta esteja presente na abstração da lei. A vedação da discriminação e a proibição do arbítrio, sem medidas de promoção efetiva, criavam uma igualdade apenas teórica e não substancial.⁴⁴

Outra característica importante desta primeira fase é sua feição negativa. A garantia de igualdade, mais voltada para uma proteção do indivíduo frente ao estado, vedava a diferenciação, a discriminação e o arbítrio, porém não oferecia mecanismos para a igualdade concreta. Consubstanciava-se na mera proibição em discriminar.

Observa-se que todos os autores mencionados vinculam a igualdade formal com o contexto histórico do início do liberalismo e apresentam, com seus elementos, a generalidade e a abstração. Também todos acenam a incompletude de tal concepção de igualdade. Afinal, proclamar a igualdade entre pessoas que são essencialmente diferentes, de forma cega, possivelmente trará mais desigualdade ainda. A falta de condições mínimas vinculadas aos direitos sociais – como alimentação, educação e saúde – tolhe a fruição de oportunidades e de resultados.

2.2.2 Igualdade material

Conclui-se, então, que a igualdade não deve estar apenas em uma fórmula pronta de abstração e generalidade. Haveria de existir um mecanismo que garantisse a igualdade no conteúdo da lei, não apenas no espectro de sua aplicabilidade. Haveria de existir a diferenciação para cada situação, sob pena de se criar um abismo social ainda mais profundo

⁴¹CANOTILHO, 2003, p. 427.

⁴²*Ibid.*, p. 427-428.

⁴³Neste sentido: BELLINTANI, Leila Pinheiro. **Ação Afirmativa e os Princípios do Direito**: a questão das cotas Raciais para Ingresso no Ensino Superior no Brasil. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 11.

⁴⁴*Ibid.*, p. 13.

que aquele das classes sociais imutáveis, pois, sob o manto de uma idealizada meritocracia, seria permitida a opressão do mais forte social e economicamente sobre o mais fraco de forma ainda mais cruel, pois seria socialmente aceita e juridicamente justificada.

Mesmo que totalmente obedecidas todas as premissas da igualdade formal, no que tange à generalidade e à abstração, à vedação do arbítrio e à proibição de discriminação, ainda não se obtém a máxima da isonomia de *tratar de maneira igual os iguais, e desigual os desiguais, na medida de sua desigualdade*. As aplicações concretas negativas do princípio não obtiveram o resultado desejado.

Simplificando os conceitos aqui apresentados, pode-se entender a igualdade material como a igualdade de fato, enquanto a formal seria a igualdade de direito ou teórica; esta estaria no plano normativo e aquela no plano da realidade; o ser e o dever-ser.⁴⁵

A igualdade material perpassa o direito à diferença, por meio do reconhecimento de identidades culturais e sociais, o que deve assegurar um tratamento peculiar⁴⁶. Santos introduz que se tem, ao mesmo tempo, o direito de ser igual, quando a diferença inferioriza, quanto o direito a ser diferente, quando isso caracteriza o ser. A diferença não poderá reproduzir desigualdades, mas deve necessariamente ser reconhecida.⁴⁷

Observa-se que a busca pela igualdade material exige, por parte do Estado, uma atuação mais efetiva, positiva, buscando não só o nivelamento, mas também a transformação social para grupos desfavorecidos. A tendência é no sentido de combinar a repressão à discriminação com medidas compensatórias que acelerem o processo de igualdade, através da inserção em espaços sociais negados a grupos específicos.⁴⁸

Para Piovesan, uma das formas de transformar a igualdade formal em material e substantiva são as ações afirmativas, ancoradas na pluralidade social e na diversidade. Possuem uma vertente prospectiva, no sentido de que não se limitam a tentar apagar um passado de discriminação, mas visam a transformar a realidade social.⁴⁹

O objetivo maior da igualdade é o resguardo à dignidade humana. Para Sarlet:

...convém não esquecer a dupla dimensão negativa e positiva da dignidade da pessoa. Assim, se na sua condição de direito de defesa não se deverá jamais aceitar uma violação da dignidade pessoal (ou, pelo menos, de seus elementos nucleares), mesmo em função de outra dignidade, pelo prisma positivo (ou prestacional)

⁴⁵ROTHENBURG, Walter Claudius. Igualdade. In: SARLET, Ingo Wolfgang; LEITE, George Salomão. **Direitos Fundamentais e Estado Constitucional**: estudos em homenagem a J. J. Gomes Canotilho. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 360.

⁴⁶PIOVESAN, 2009a, p. 296.

⁴⁷SANTOS, Boaventura. **Reconhecer para libertar**: os caminhos do cosmopolitanismo multicultural. Rio de Janeiro: Civilização brasileira, 2003.

⁴⁸PIOVESAN, 2009a, p.304.

⁴⁹Ibid, p. 305.

verifica-se que não há como deixar de admitir – inclusive em si tratando de direitos subjetivos a prestações – a existência de uma larga margem de liberdade por parte dos órgãos estatais a quem incumbe a missão, para além de respeitar (no sentido de não violar), de proteger a dignidade de todas as pessoas, bem como de promover e efetivar condições de vida dignas para todos.⁵⁰

Canotilho traz a questão da necessidade de valoração da igualdade para garantir o que a doutrina brasileira denomina princípio da isonomia. Essa valoração é a pedra de toque da igualdade e garante que as intervenções positivas propostas atuem no sentido de tornar a sociedade mais justa, e não como mecanismos para criação de nichos e privilégios que possam desestimular o esforço e a busca de capacitação pessoal. Deve existir um fundamento razoável para cada diferenciação, sendo imprescindível a consideração dos fundamentos que a justifiquem.⁵¹

A igualdade material precisa garantir a igualdade de oportunidades, bem como a igualdade de resultados. Afinal, poderia se afirmar que, com as fórmulas abstratas da igualdade, a oportunidade já estaria oferecida, pelo menos sob o ponto de vista teórico, já que a mera proibição da discriminação já ofereceria oportunidades iguais no mundo dos fatos. Ocorre que, quando a realidade social apresenta um esbarro imaterial de discriminação, por vezes velado, há que se procurar soluções mais efetivas. Essas soluções levam à chamada igualdade de resultados, correspondente à criação artificial, mediante mecanismos legais ou de políticas públicas, de uma aceitação social efetiva. Para tornar o apresentado mais concreto, seria o acesso ao posto de trabalho para o deficiente, de forma obrigatória, o que, ultrapassando a seara da mera oportunidade, garantiria já o resultado almejado⁵².

Antagonicamente, para se chegar ao conceito de igualdade e à sua visceral ligação com a liberdade, é preciso compreender a questão das diferenças. Saber quando a diferença se inicia talvez se torne assunto de menor importância, uma vez que, já no nascimento, somos marcados por diferenças físicas visíveis (sexo, cor da pele, cor dos olhos, etc.). Tais características definem a raça humana e iniciam o processo de formação das identidades

⁵⁰SARLET, 2008, p.145-146.

⁵¹CANOTILHO, 2003, P.428-429.

⁵²Não se pode deixar de mencionar a contraposição entendida por alguns autores, dentre os quais menciono LUNÓN, Antonio Enrique Pérez. **Dimensiones de la igualdad**. 2. ed. Madrid: Dykinson, 2007, p. 63., entre as tendências liberais e democráticas. As tendências liberais tratam da garantia da igualdade para o gozo da liberdade e as tendências democráticas apontam que é preciso que se garantam os resultados igualitários para o exercício da igualdade. Seria uma contraposição entre a igualdade material, entendida como igualdade e oportunidades para o livre desenvolvimento da personalidade, e a igualdade de resultados, isto é, a garantia de níveis de bem estar social básico para todos com independência de sua contribuição direta ao processo produtivo ou do livre exercício de sua capacidade. Diferente é a abordagem feita nesta dissertação, em que mesmo a igualdade de resultados, considerado o posto de trabalho como resultado aferido, leva à contribuição da pessoa no processo produtivo, não sendo o empregador obrigado a manter trabalhador sem que faça jus à contraprestação almejada.

personais. Às características naturais se fundem outras, de origem social e cultural, até que o indivíduo se autoafirme como ser único e, ao mesmo tempo, como parte de uma comunidade onde poderá desfilas sua personalidade de forma livre.

Considerando os critérios de valoração que garantam a igualdade material, já ressaltados por Canotilho, não se pode deixar de dissertar sobre as diferenças e sobre a forma como se manifesta a liberdade de exibir a personalidade de cada um, sendo tal personalidade sujeito de direitos que permitam seu pleno desenvolvimento.

Tal entendimento foi explanado por Comparato, autor que apresenta a distinção entre diferenças sociais e desigualdades sociais. Somente as últimas são alvo de neutralização do princípio da igualdade. As diferenças sociais, ao contrário, são salutares para toda sociedade. Tais diferenças, conforme acima demonstrado, dizem respeito à diversidade humana e a condições naturais e culturais que tornam cada um dos humanos único⁵³. Como exemplo, tem-se a fé religiosa escolhida, o gênero, as capacidades físicas ou mentais inatas ou desenvolvidas por cada um. Acabar com tais diferenças, além de impossível, seria destruir a identidade pessoal e cultural do ser humano. É preciso ser diferente, e o princípio da igualdade, por mais antagônica que tal afirmação possa parecer, visa exatamente a preservar a diferença.

São, portanto, objeto de ataque do princípio da igualdade jurídica e de toda lei que se proponha a concretizá-lo somente as desigualdades sociais, visto que foram artificialmente criadas por uma classe que, em um dado momento histórico, adquiriu a capacidade de impor seus valores, seja através da violência, seja através de mecanismos mais refinados de dominação, que passam por questões econômicas e culturais.⁵⁴

Chega-se então ao entendimento de que a igualdade material ou substantiva está intimamente ligada à realidade social, imersa no mundo dos fatos. Sua obtenção só é possível mediante uma intervenção na realidade social que garanta oportunidades e, por vezes, resultados. O campo do direito exige mudanças na atuação do Estado que, da proibição das discriminações passa à inclusão através de prestações positivas exigidas da própria sociedade, que passa a experimentar as primeiras ações de inserção artificial de grupos desfavorecidos em determinados cenários sociais, dentre os quais mencionam-se o mercado de trabalho e, já mais amplamente discutida, a comunidade acadêmica.

⁵³COMPARATO, Fábio Konder. **O Princípio da Igualdade e a Escola**. Texto publicado na página do Instituto de Estudos Avançados da Universidade de São Paulo. Disponível em: <<http://www.iea.usp.br/textos/comparatoigualdadeeescola.pdf>>. Acesso em: 13 jul. 2012.

⁵⁴*Ibid.*

2.2.3 O Princípio da Liberdade

Como a implementação da igualdade de alguns pode significar uma interferência abusiva na liberdade de outros, é preciso trazer ao centro do debate o princípio da liberdade e como este é afetado no momento da efetivação da igualdade material. Como esta exige prestações positivas, tanto por parte do estado quanto da iniciativa privada, cabe ao direito investigar e sopesar os princípios visando a otimizar a intervenção pretendida.

No conceito sartreano de liberdade, o homem por esta se define, sendo ela a escolha consciente de seus atos que não pode estar ligada a valores impostos, mas aos fins a que o próprio homem se propõe. Dessa maneira, a liberdade e os valores impostos pelo homem a si mesmo o conformam, tornam-no humano. Nas palavras do filósofo:

[...] sou um existente que *aprende* sua liberdade através de seus atos; mas sou também um existente cuja existência individual e única temporaliza-se como liberdade [...] Assim, minha liberdade está perpetuamente em questão em meu ser; não se trata de uma qualidade sobreposta ou uma *propriedade* de minha natureza; é bem precisamente a textura de meu ser [...]⁵⁵

Está, portanto, a questão da liberdade intrinsecamente vinculada à autonomia da vontade, seu expoente maior. Para Guerra, a vontade é manifestação essencial do ser humano, o que mais se aproxima de sua essência e não deixa de estar ligado à dignidade da pessoa humana⁵⁶.

No conceito de Kant, o único direito inato do ser humano seria a liberdade, que a este pertenceria simplesmente em virtude de sua humanidade, independente de qualquer intenção ou ato jurídico. O conceito de liberdade seria a chave para a explicação da autonomia da vontade, pois a vontade seria uma causa para o homem e a liberdade a propriedade desta causa. Como direito inato, a liberdade resguardaria o valor da dignidade nas relações sociais⁵⁷.

O questionamento aqui feito é sobre a existência prática da autonomia da vontade ou da escolha consciente, baseada em valores próprios, na contemporaneidade, considerando que o outro também possui sua liberdade e essas liberdades possivelmente irão entrar em conflito em algum momento da vida. No momento de tal confronto, uma liberdade irá impor seu domínio sobre a outra. O dominado, então, não seria dono de sua liberdade, perdendo sua essência, conclusão a que se chega optando pela doutrina existencialista, ou não teria sua

⁵⁵SARTRE, Jean-Paul. **O ser e o nada**. Petrópolis: Vozes, 1999, p. 542-543.

⁵⁶GUERRA, Marcelo Lima. **Juslaboralismo crítico**. Fortaleza: Tear de Memórias, 2008, p. 54-55.

⁵⁷TONETTO, Milene Consenso. **Direitos Humanos em Kant e Habermas**. Florianópolis: Insular, 2010, p. 118, 119.

dignidade garantida enquanto ser humano, conforme opinariam os que estudam a vertente jurídica da liberdade.

No que tange à chamada igualdade de oportunidades, esta pode ser definida pela própria igualdade para desfrutar da liberdade.

2.2.4 Liberdade e Igualdade: antagonismo ou complementaridade?

É notório que liberdade e igualdade são valores fundamentais para a sociedade moderna ocidental, resguardados em vários diplomas desde as revoluções americana de 1776 e francesa de 1789. Apresenta-se, exemplificativamente, a própria Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão, votada pela França revolucionária, que, em seu artigo primeiro, declara que “Os homens nascem e são livres e iguais em direitos. As distinções sociais só podem fundamentar-se na utilidade comum”. Liberdade e igualdade se mostram, desde então, antagônicas e complementares.

Ainda mais quando se trata de questões tais com as ações afirmativas, em que a busca por igualdade material para alguns pode levar, *a priori*, a um certo grau de interferência na liberdade de escolha e gerenciamento de outros.

O âmbito do estudo da liberdade e da igualdade aqui considerado será o da igualdade de oportunidades frente à liberdade de escolha. O isolamento desse ponto tem função meramente de corte epistemológico. É um retrato de um momento particular que pode levar a profundas constatações de como liberdade e igualdade são consideradas na prática e até que ponto o direito pode ser instrumento de sua compatibilização.

Em um primeiro momento, a igualdade material pretendida através de medidas positivas que obrigassem a resultados tolheria a liberdade de escolha de alguns, nos casos mais emblemáticos de instituições de ensino e empregadores. Entretanto, invertendo-se o raciocínio, observa-se que a falta de oportunidades e de resultados decorrentes de desigualdades sociais, e mesmo naturais, tolhem de forma ainda mais veemente a liberdade de escolha daquele que é discriminado, ou mesmo aquele que não teve acesso a condições ideais de educação, saúde e trabalho, considerando a tríade essencial dos direitos sociais. A este é negado escolher esta ou aquela profissão, vaga na universidade ou posto de trabalho.

A liberdade de fato só existe quando o homem tem real poder de escolha baseado em seus próprios valores, e esses valores devem gravitar além da mera luta pela sobrevivência, que retira do homem a chance de optar por um ou outro estilo de vida.

Quem é livre para escolher quando lhe é negado acesso ao trabalho que lhe garante a própria sobrevivência? Qual é o poder de autodeterminação que possui alguém que não teve acesso a profissionalização de qualidade ou que, mesmo com a escolaridade devida, tem suas chances de chegar ao mercado de trabalho negadas por condições sociais, físicas ou históricas alheias à sua vontade? Seria essa pessoa livre? Pode-se falar de igualdade de oportunidades?

Certamente existem exceções: pessoas especiais que, mesmo diante das maiores adversidades, conseguiram superar diferenças e chegar ao resultado pretendido; mas um estudo científico do direito não trata de exceções nem de pessoas superdotadas. Estuda-se o cidadão comum, aquele que, mediante esforço razoável para com sua condição, tem a chance de escolher sua profissão.

Dworkin, escrevendo sobre liberalismo e justiça, explica que os liberais do passado acreditavam que o mercado distribuiria de forma coerente os recursos comunitários entre os cidadãos, inclusive quando se tratasse de trabalho e bens. As pessoas, teoricamente, iniciariam a vida no mesmo nível e o próprio mercado as acomodaria, de acordo com suas opções de vida, do quanto trabalhar, consumir ou economizar, sendo que nenhum poderia reclamar com razão por ter menos que outro.⁵⁸

O mundo real se mostra diferente, pois ninguém começa sua vida em igualdade, alguns são ricos de família, outros têm acesso a uma educação formal ou informal melhor, alguns são discriminados por sua raça, por alguma característica física, pelo gênero. O referido autor ainda menciona as desigualdades em habilidades e inteligência; afinal, algumas características humanas são mais valorizadas pelo mercado do que outras. Para ele, é falácia essa “igualdade de oportunidades”, pois nem todos têm a capacidade de produzir o que a sociedade almeja.⁵⁹

Na realidade, a sociedade ou o mercado escolhem os valores para que alguém faça parte de suas instâncias de poder e instituições. O empregador escolhe quem deverá para ele trabalhar, baseado em critérios que perpassam capacidade produtiva, criatividade, aparência, dentre vários outros que normalmente fazem parte de qualquer processo de seleção, seja em universidades, empresas, seja em grupos sociais fechados, como clubes e associações. A liberdade de alguns de conviver com quem lhe aprouver – seja a universidade ao escolher mediante agressivos processos seletivos somente os melhores para ter acesso a seus ensinamentos, seja o patrão que escolhe os mais produtivos para maximizar seus lucros – fica

⁵⁸DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p.308.

⁵⁹*Ibid.*

na seara da liberdade de escolha de cada um, parcela de sua liberdade na forma de autonomia da vontade.

Para Dworkin, aí se inicia “o defeito do ideal fraudulentamente chamado de igualdade de oportunidades: fraudulento porque, numa economia de mercado, as pessoas menos capazes de produzir o que as outras querem não tem igual oportunidade”.⁶⁰

Ademais, mesmo considerando que um grupo de indivíduos tenha a mesma capacidade intelectual e produtiva de outros, ainda existe a discriminação ínsita aos processos sociais, como as devido a gênero, etnia, características físicas, etc. Enfim, são fatores muitas vezes ligados a questões históricas e culturais, fortemente arraigados na sociedade, que impedem resultados iguais para a mesma capacidade. Dessa forma, tais indivíduos não possuem igual liberdade de escolha, por já saberem antecipadamente as barreiras que deverão enfrentar.

Desse modo, tanto se abstendo de legislar de forma positiva para garantir a igualdade quanto o fazendo, estar-se-ia prejudicando a liberdade de alguém. Nas palavras de Bobbio:

[...] desde quando passaram a ser considerados direitos do homem, além dos direitos de liberdade, também os direitos sociais – a categoria em seu conjunto passou a conter direitos entre si incompatíveis, ou seja, direitos cuja proteção não pode ser concedida sem que seja restringida ou suspensa a proteção de outros. Pode-se fantasiar sobre uma sociedade ao mesmo tempo livre e justa, na qual são global e simultaneamente realizados os direitos de liberdade e os direitos sociais; as sociedades reais, que temos diante de nós, são mais livres na medida em que menos justas e mais justas na medida em que menos livres.⁶¹

Acata-se, para fins de implementação da igualdade material, o pressuposto de que grupos sociais menos favorecidos, aos quais são negados direitos sociais que garantam sua sobrevivência e participação efetiva na sociedade, na realidade, não possuem liberdade, considerando esta como autonomia da vontade. A essas pessoas é negada a escolha a determinadas escolas e profissões, a ter até mesmo saúde, tornando sua capacidade de autodeterminação preliminarmente tolhida. A liberdade dessas pessoas depende de sua igualdade material, ou seja, ao aceitar que necessariamente haverá a perda de liberdade por parte de alguém para que se atinja a igualdade, também se pode especular que aqueles não beneficiados com a igualdade material jamais terão a liberdade; pelo menos, enquanto lhes faltarem os direitos sociais básicos compatíveis com a existência humana digna, tais

⁶⁰DWORKIN, 2005, p. 308.

⁶¹BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p. 62.

como trabalho, saúde e educação. Daí porque igualdade e liberdade são princípios dependentes e reflexivos.

Conclui-se que, hoje, a liberdade não é vivenciada de forma plena pela humanidade, ou pelo menos por uma expressiva parcela, e que a necessidade da igualdade material se faz presente para que a liberdade de fato ocorra, para que existam as condições mínimas de dignidade que permitam a escolha consciente do estilo de vida, com base em oportunidades igualitárias.

2.2.5 Igualdade Material como Garantidora da Legitimidade do Estado Democrático de Direito

Trazendo os conceitos apresentados para as escolhas feitas pelo Brasil através de sua Constituição, tem-se a opção maior de ser um Estado Democrático de Direito. E democracia, em seu conceito moderno, está também intrinsecamente ligada à igualdade. Trata-se aqui de analisar os direitos sociais não como objetivos da democracia, mas como condições essenciais para que ela de fato ocorra, dentro de uma teoria democrática da Constituição⁶².

Esse Estado Democrático de Direito foi forjado através da junção de elementos do modelo liberal de estado com o modelo social. Representa então uma “superação dialética da antítese entre os modelos liberal e social ou socialista de Estado.”⁶³

Considera-se a igualdade não apenas como um princípio do Estado de Direito, mas também como um princípio do Estado Social; devendo, então, ser tratado como um princípio de justiça social, levando à igualdade de oportunidades e condições de vida, conectando-se com a efetivação dos direitos econômicos, sociais e culturais.⁶⁴

A justificativa central para a existência de direitos sociais de qualquer espécie é o princípio da igualdade. Nos regimes democráticos, sua importância é basilar. Dessa maneira, sendo o Brasil um Estado democrático de direito, já resta implícita a igualdade como um de

⁶²SOUZA NETO, Cláudio Pereira. **Teoria da Constituição Democracia e igualdade**. Disponível em: <[http://www.mundojuridico.adv.br/cgi-bin/upload/texto1129\(3\).pdf](http://www.mundojuridico.adv.br/cgi-bin/upload/texto1129(3).pdf)>. Acesso em: 13 jul. 2012. A primeira versão deste estudo foi publicada em: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; BERCOVICI, Gilberto; MORAES FILHO, José Filomeno; LIMA, Martônio Mont'Alverne Barreto. **Teoria da Constituição: estudos sobre o lugar da política no direito constitucional**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2003. As idéias nele contidas estão desenvolvidas em: SOUZA NETO, 2006.

⁶³GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Autopoiese do Direito na sociedade pós-moderna**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, p. 34.

⁶⁴*Ibid.*, p. 34.

seus princípios, mesmo que ela não estivesse constitucionalmente positivada⁶⁵. Isso porque, para a existência da real democracia, há que existir uma igualdade tal que permita a liberdade de escolha, sem as amarras da busca incessante pela sobrevivência. Liberdade e igualdade são, portanto, complementares, e somente existirá democracia com a concretização desse binômio. Segundo Bonavides:

Nessa condição é a democracia do Estado social, por conseguinte, o mais fundamental dos direitos da nova ordem normativa que se assenta sobre a concretude do binômio igualdade-liberdade; ordem cujos contornos se definem já com desejada nitidez e objetividade, marcando qualitativamente um passo avante na configuração dos direitos humanos.⁶⁶

Para o jurista alemão Heller, a democracia tem como pressuposto dar a todas as pessoas a possibilidade de influir na vida política de seu país através da escolha de seus representantes; para isso é necessária certa homogeneização da sociedade. Caso tal não ocorra, a democracia será uma mera tirania da classe dominante.⁶⁷

Tudo o acima demonstrado reflete que a opção feita pelo legislador constituinte impõe ao Brasil a procura incessante pela igualdade material. Não se trata de escolha ou de programas isolados de governo, a implementação da igualdade é condição de existência de Estado Democrático de Direito, e os meios para que ocorra essa igualdade são políticas públicas que, muitas vezes, consubstanciam-se em leis que trazem desigualdade entre as pessoas. No entanto, tal desigualdade é uma forma de compensação ou estabilização. É o que corresponde na física à Teoria dos vasos comunicantes de Blaise Pascal: para que os níveis de igualdade se tornem similares é preciso que sejam redistribuídas as oportunidades, e as ações afirmativas são mecanismos para tal redistribuição. Essa igualdade permite a todos gozar de relativa liberdade, que os possibilita participar ativamente do processo democrático.⁶⁸

⁶⁵Gilmar Ferreira Mendes menciona Ernst Forshoff, “Problemas Constitucionales Del Estado Social”, *In El Estado Social*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1986, p. 162, quando relata que o Tribunal Constitucional alemão afirmou que o princípio da igualdade, como regra jurídica, tem caráter suprapositivo, anterior ao Estado, e que deveria ser respeitado mesmo que não constasse do texto constitucional. MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 180.

⁶⁶BONAVIDES, Paulo. O Estado Social e sua evolução rumo à democracia participativa. *In: SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de (Org.). Direitos Sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 77.

⁶⁷HELLER, Hermann. Démocratie politique et homogénéité sociale, *Revue Cités*, Paris, n. 6, maio 2001.

⁶⁸ARAÚJO, Elizabeth A. B. S. Direito fundamental ao trabalho no Brasil: uma experiência de ação afirmativa para a juventude. *In: MATIAS, João Luís N.; MELO, Alisson José Maio Melo; PEREIRA, Ana Carolina Barbosa. (Org.). Direitos fundamentais: fundamentação e eficácia*. Fortaleza: FUNJAB, 2011, v. 1.

2.3 Colisão de valores jusfundamentais e a máxima da proporcionalidade

Demonstrado que o entendimento jurídico das ações afirmativas está intimamente ligado com as hodiernas concepções relativas a princípios como a liberdade e a igualdade, traz-se, no âmbito da teoria dos direitos fundamentais, a técnica mais adequada para a compatibilização de tais princípios.

2.3.1 Regras e princípios

Na teoria dos direitos fundamentais, aqui adotada, tem papel importantíssimo a diferença entre regras e princípios e a técnica adequada para sua resolução no caso concreto.

Há que se fazer a importante diferenciação terminológica entre princípios e valores demonstrada por Guerra, que deixa claro serem aqueles comandos de realização destes, ou seja, têm os princípios a gênese deontica e os valores ontológica, sendo que os princípios, como mandamentos de otimização, são “normas que comandam a realização de valores”⁶⁹. Dessa forma, aqui se tratará da compatibilização entre regras e princípios, dois institutos de mesma natureza – a de dever-ser – e que irão ter suas peculiaridades demonstradas nas teorias que se seguem.

Para Dworkin, a diferença entre regras e princípios é de natureza lógica. Os dois padrões fundamentam e amparam as decisões no caso concreto, mas são orientações com naturezas diferentes. Em um caso específico, as regras são válidas ou não, é um tudo ou nada. Já um “princípio é um padrão que deve ser observado, não porque vá promover ou assegurar uma situação econômica, política ou social, considerada desejável, mas porque é uma exigência de justiça ou equidade ou alguma outra dimensão de moralidade”⁷⁰.

Para Alexy, analisando a estrutura das normas de direitos fundamentais através da distinção entre regras e princípios, pode-se conhecer “da possibilidade e dos limites da racionalidade no âmbito dos direitos fundamentais”⁷¹. Segundo o autor, regras e princípios são espécies do gênero norma, pois ambos prescrevem o que deve ser. Para distingui-los, são utilizados certos critérios, dentre os quais a generalidade, sendo que os princípios possuem grau de generalidade maior do que as regras.

⁶⁹GUERRA, Marcelo Lima. A proporcionalidade em sentido estrito e a “Fórmula do Peso” de Robert Alexy: significância e algumas implicações. **Revista da Procuradoria Geral do Estado**, Porto Alegre, v. 31, n. 65, p. 25-41, jan./jun. 2007.

⁷⁰DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 38.

⁷¹ALEXY, 2008, p.85.

Considerando a hermenêutica moderna, o grau de abstração dos princípios é superior, o que confirma sua natureza valorativa. Esse valor imbuído no princípio não é um inconveniente, como *a priori* se deixa transparecer, pois é exatamente essa característica que possibilita a evolução do próprio direito, de acordo com o contexto social, cultural e econômico de cada época⁷².

No estudo ora desenvolvido, embora se analise a efetivação da igualdade através de regras, que são as leis de inserção compulsória no mercado de trabalho, o embate se dá em nível de princípios constitucionais, como valor social do trabalho e livre iniciativa. Por essa razão, optou-se por trazer a realce o principal método de resolução de conflitos que envolvam princípios.

2.3.2 O Princípio da Proporcionalidade

Talvez o método mais difundido no Brasil para a resolução de questões que envolvam princípios constitucionais seja o método da proporcionalidade⁷³. Por vários autores, é assim denominado e faz parte da Constituição Brasileira tendo em vista a abertura do artigo 5º, parágrafo 2º, permeando a natureza do regime instituído pela Constituição⁷⁴.

Em linhas gerais, o método põe à prova possíveis resoluções de conflitos através de três mecanismos ou indagações. Em primeiro plano, se pergunta se o remédio ou a resolução adequada se presta ao objetivo pretendido, o que se denomina de adequação. Observando que o meio é adequado, se passa a verificar se é o que melhor se presta a esse objetivo, ou seja, se é o que trará menos prejuízo a todos os envolvidos ou, como verbaliza a doutrina especializada, se é o meio mais suave. Por fim e segundo Guerra, se ainda assim for necessário, adotar-se-á o princípio da proporcionalidade em sentido estrito em sua fórmula do sopesamento, adiante explanada.

Em síntese, para utilizar de forma objetiva o princípio da proporcionalidade em sentido estrito (vale dizer, “aplicar a Lei de Sopesamento”), numa decisão voltada a determinar qual dos valores ou princípios em rota de colisão deve ser considerado mais relevante – ou ainda, seguindo na metáfora dworkiniana do “peso”, qual dos valores ou princípios terá um *peso relativo maior do que o outro* – será necessário argumentar acerca dos seguintes pontos:

⁷²ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. **Princípios Constitucionais da Administração Pública**. Belo Horizonte: Del Rey, 1994. p. 22-23.

⁷³Para Marcelo Lima Guerra, o termo “princípio da proporcionalidade” é terminologicamente impreciso, pois no sistema construído por Robert Alexy, a proporcionalidade e as prescrições que a integram são regras, embora “sirvam como critérios orientadores da aplicação de princípios”. GUERRA, Marcelo Lima. **Direitos fundamentais e a proteção do credor na execução civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 91.

⁷⁴Neste Sentido: MORAES, Germana de Oliveira. **Controle Jurisdicional da Administração Pública**. 2. ed. São Paulo: Dialética, 2004, p.134 e 135; BONAVIDES, 2008.

- a] o “peso abstrato” dos valores em conflito – qual a relevância, independente de qualquer situação concreta, que os valores ou princípios em conflito têm;
- b] a interferência que a realização de um causa no outro e vice-versa, a interferência que a realização do segundo (normalmente pela simples omissão em realizar o primeiro), causa no primeiro dos valores em conflito;
- c] quais as evidências disponíveis para fundamentar, racionalmente, as considerações relativas a [b], uma vez que as afirmações produzidas quanto a este aspecto do problema – o grau de interferência – são afirmações descritivas, portanto *verovaloráveis* ou *verificáveis*, a exigir, em nome da racionalidade, o suporte de evidências empíricas.⁷⁵

Serão, portanto, utilizados os elementos teóricos aqui descritos para se estudar o caso concreto das ações afirmativas no mercado de trabalho, enquanto mecanismo para implementação de direitos fundamentais. Destes, os principais princípios em conflito são o valor social do trabalho e a livre iniciativa, adiante apresentados.

2.3.3 Harmonização entre valor social do trabalho e livre iniciativa

A tentativa de concretizar o direito fundamental ao trabalho traz a lume o relacionamento entre dois princípios presentes na Constituição Brasileira: o valor social do trabalho e o da livre iniciativa. Ambos fundamentam o Estado brasileiro e se apresentam juntos no inciso IV, artigo 1º da Constituição. Novamente aparecem lado a lado no *caput* do artigo 170, relativo à ordem econômica.

Conceituando os princípios, observa-se, *a priori*, uma possível incompatibilidade entre ambos. No entanto, está presente na obra de diversos autores seu caráter complementar, como em Grau, que entende a livre iniciativa não apenas como liberdade de desenvolvimento da empresa, mas também a liberdade de desenvolvimento do próprio trabalho, abrangendo todas as formas de produção.⁷⁶

Também Silva assevera que, com a preocupação do legislador com a realização da justiça social, a livre iniciativa apenas se legitima quando colocada nesse interesse, sendo ilegítima quando visa somente ao lucro ou aos interesses exclusivos do empresário.⁷⁷

Bastos tem visão mais ampla da livre iniciativa, considerando que esta projeta o homem para uma realização transpessoal, sendo que este se associa a outras pessoas para atingir um objetivo; sua vertente econômica se revela no direito de se colocar no mercado produtor do país de forma livre.⁷⁸

⁷⁵GUERRA, 2007.

⁷⁶GRAU, 2008, p. 197 e 198.

⁷⁷SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 760.

⁷⁸BASTOS, Celso Ribeiro. **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva, 1990., p. 16.

No contexto das ações afirmativas no mercado de trabalho, a livre iniciativa emergirá como modo de expressão do trabalho e corolário de sua valorização. A livre iniciativa não se esgota em liberdade econômica ou iniciativa econômica, tampouco uma mera expressão do liberalismo, é, antes de tudo, instrumento para que se desenvolva o trabalho.

O valor social do trabalho foi erigido pela Constituição do Brasil, como princípio fundamental do Estado Democrático de Direito, ao lado da livre iniciativa. É, igualmente, um pilar da economia. Sua importância transcende o mero meio de subsistência e adentra a *psiquê* de cada homem, fazendo-o sentir-se útil e realizado: um ser produtivo. A própria história da humanidade é identificada e nominada de acordo com a evolução da história do trabalho.⁷⁹

Tanto o é que alguns autores entendem que exista uma necessária prevalência do valor social do trabalho frente a todos os outros princípios que regem a economia de mercado.⁸⁰

Não é esse, entretanto, o entendimento que se leva a cabo neste ensaio. Assim como ocorreu com os princípios da liberdade e da igualdade, entende-se também que, no relacionamento entre o valor social do trabalho e a livre iniciativa, imiscuem-se o conflito e a complementaridade. Um depende do outro para sua completa concretização.

Como já explanado anteriormente, o grau superior de abstração dos princípios, decorrente de sua natureza de valor, é o que permite a evolução do direito para que ocorra a adaptação aos contextos de cada momento histórico⁸¹.

A referência quanto à interdependência entre valor social do trabalho e livre iniciativa deriva de toda a sistematização dos direitos fundamentais na Constituição brasileira. Corresponde à mesma interdependência apresentada entre liberdade e igualdade.

Os esforços por parte do Estado para obter a concretização do valor social do trabalho e da livre iniciativa perpassam a questão de uma escolha hermenêutica. É a máxima da proporcionalidade⁸² entre os princípios fundamentais e o foco na dignidade humana que indicará a intervenção ótima do Estado.

É importante salientar que a Constituição Federal de 1988 já deixou clara sua opção social no momento em que proclamou ser o Brasil um Estado Democrático de Direito. Caberá ao hermenauta apenas delimitar, no caso concreto, os limites desta opção.

⁷⁹ ARAÚJO, 2011, v. 1.

⁸⁰ SILVA, 1998, p. 760.

⁸¹ ROCHA, 1994, p. 22-23.

⁸² O princípio da proporcionalidade é citado em várias obras de relevo como em ALEXY, Robert. On the Structure of Legal Principles. **Ratio Juris**, v. 13, n. 3, 2000. Na literatura brasileira em SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, n. 798, p. 23-50, 2002; GUERRA, 2003, p. 91; GUERRA FILHO, Willis Santiago. Princípio da proporcionalidade e devido processo legal. In: SILVA, Virgílio Afonso da. (Org.). **Interpretação Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2007.

Deste modo, as leis do mercado devem se compatibilizar com os princípios da dignidade humana. A exploração econômica deve respeitar os valores sociais do trabalho. Que se busque a solidariedade entre as forças de produção, o capital e o trabalho. As oportunidades de emprego e trabalho são essenciais a uma sociedade justa, sem preconceitos e discriminação. Não se pode falar em desenvolvimento de um país sem o estímulo às empresas, mas também não se pode dizer que estas cumprem o seu papel social quando explorem o trabalho em condições subumanas, análogas às de escravo, sem proteção alguma à saúde dos trabalhadores, mediante assédios (moral e sexual). E o Estado tampouco cumpre sua função se deixar que tal coisa aconteça.⁸³

A dificuldade de acesso aos postos de trabalho torna o trabalhador passivo diante da exploração, evitando ao máximo procurar as autoridades públicas para fazer valer seus direitos. Tornar a valorização do trabalho humano o paradigma maior da ordem econômica seria o melhor artifício para a efetivação de sua função social.

No caso concreto das ações afirmativas no mercado de trabalho, verifica-se que o remédio adotado pelo legislador é adequado, uma vez que garante o posto de trabalho ao indivíduo pertencente a grupo discriminado.

Pode-se dizer que o meio é suave, já que o empregador irá se valer da força de trabalho do empregado contratado, havendo intervenção da lei apenas no momento da contratação.

Quanto ao sopesamento ou proporcionalidade em sentido estrito, seguindo os passos na técnica explanada por Guerra, tem-se que, abstratamente, o legislador brasileiro colocou o valor social do trabalho e a livre iniciativa no mesmo patamar, já que os escolheu como fundamento da República Federativa do Brasil.⁸⁴

O grau de interferência de um princípio no outro poderá ser melhor aferido com a pesquisa de campo a ser realizada no último capítulo da pesquisa.

O capítulo seguinte estudará o mecanismo, ou seja, será apresentado o conceito de ações afirmativas e como se deu sua construção ao longo da história, bem como as justificativas para sua existência.

⁸³MARQUES DE LIMA, Francisco Gérson. **O STF na crise institucional brasileira**. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 48 e 49.

⁸⁴GUERRA, 2007.

3 AÇÕES AFIRMATIVAS

Após classificar as ações afirmativas como mecanismos utilizados para concretizar os direitos sociais e concluir pela visceral ligação entre liberdade e igualdade, é necessário aprofundar a temática, desenvolvendo um conceito mais preciso de ações afirmativas e analisando as justificativas utilizadas para sua implementação.

Levantar-se-ão os primeiros questionamentos quanto à sua pertinência na seara laboral, mesmo que, convém sublinhar, isso seja feito ainda em uma perspectiva conceitual que servirá de base para a análise empírica a ser realizada no último capítulo da pesquisa.

Para a construção do debate e do entendimento hodierno de ação afirmativa, será necessário perpassar sua construção ao longo da história.

3.1 Breve Histórico

O país onde as ações afirmativas tiveram maior visibilidade perante o cenário internacional foram, sem dúvida, os Estados Unidos da América. No entanto, tendo rigor no sentido da investigação das origens, observa-se que, em países como a Índia e a África do Sul, já se utilizavam esses mecanismos para propiciar a igualdade material.

A Constituição da Índia, que entrou em vigor a partir de 1950, foi criada quando se procurava algo diferente dos tempos do colonialismo britânico. Como particularidade, havia a premência de levar em consideração a imensa diversidade da população dividida por religião, castas, língua e classes, mas que, a um só tempo, procurava a unidade enquanto Estado e a independência do domínio britânico⁸⁵. Neste contexto, observa-se o primeiro diploma constitucional que abriu margem para a adoção das ações afirmativas.

Em discurso proferido no Supremo Tribunal Federal do Brasil, o Juiz K.G. Balakrishnam, da Suprema Corte Indiana, declarou ser um dos grandes objetivos da nova Constituição Indiana realizar uma revolução social e mencionou que uma das formas utilizadas para fazer acontecer tal revolução, relacionada ao ideal de justiça social, foram as ações afirmativas.

No artigo 14 da Constituição indiana, é garantida a igual proteção perante a lei, mas se garantiu também um tratamento diferenciado para promover os interesses de grupos

⁸⁵Sobre a implementação de ações afirmativas no contexto da libertação da Índia em: WEISSKOPF, Thomas E. **Affirmative action in the United States and India: a comparative perspective**. Nova York: Routledge, 2004.

historicamente prejudicados, os chamados Scheduled Cases (SC) – castas específicas – e Scheduled Tribes (ST) – tribos específicas.

As ações afirmativas na Índia ocorrem através da reserva de vagas para estas tribos e castas específicas, notadamente os chamados “intocáveis” ou dalites, nos assentos da assembleia legislativa, no serviço público e nas instituições de ensino.

O juiz afirma que, ainda hoje, são diversos os litígios envolvendo a garantia dos direitos fundamentais de alguns e as ações afirmativas em busca da justiça social e que, embora o judiciário apoie com firmeza as ações afirmativas, em alguns casos, é necessária a realização de ajustes. Nas palavras do juiz:

Será justo observar que têm havido litígios substanciais sobre questões que envolvem a fronteira entre os direitos fundamentais sancionados pela Constituição e os objetivos amplos de garantir a justiça social. Em alguns casos, tem havido conflito entre a interpretação dos direitos fundamentais, por um lado, e os objetivos governamentais de garantir justiça social, por outro⁸⁶.

O que se depreende da exposição do magistrado indiano é que a busca pela igualdade sempre demandará posição atenta do judiciário nacional e que as demandas judiciais, no entanto, não chegam a macular os resultados positivos em termos de pacificação social e busca da igualdade material.

Outro país que possui exemplos efetivos de busca da igualdade através das ações afirmativas é a África do Sul, que viveu um sistema de intensa separação racial, denominado *apartheid*, até o ano de 1990.

Dentre as medidas utilizadas por este sistema – que negava à população negra grande parte dos direitos sociais – está a proibição de casamentos inter-raciais, a proibição da circulação de negros em algumas áreas da cidade e do uso de determinadas instalações públicas, como banheiros e bebedouros, a criação de bairros exclusivos para a população negra, a criação de sistema de educação diferenciado para crianças negras, etc.

De acordo com o professor Shadrack Gutto, na África do Sul, existiam universidades separadas para brancos e para negros. As universidades destinadas aos negros eram a maioria, entretanto, as poucas destinadas aos brancos angariavam praticamente todos os recursos e voltavam-se intensamente para a pesquisa acadêmica. O resultado desse tratamento desigual foi uma avassaladora maioria de professores brancos em todas as universidades, chegando a 80% ou 90% do total, ou seja, havia poucos negros ensinando

⁸⁶Palestra proferida pelo juiz da Suprema Corte da Índia K.G. Balakrishnam, em 15 de agosto de 2008, no Supremo Tribunal Federal no Brasil. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/repositorio/cms/portalStfInternacional/portalStfSobreCorte_pt_br/anexo/A_pratica_do_Controlde_Constitucionalidade_nos_dias_de_hoje.pdf>. Acesso em: 14 jul. 2012.

negros. A falta de paradigmas de sua própria raça em posições de destaque social, os chamados “formadores de opinião”, dificulta ao jovem quebrar as barreiras sociais para seu desenvolvimento.

Foi essa realidade que levou à opção pelas ações afirmativas na África do Sul, numa tentativa de propiciar à população negra angariar posições de destaque e poder, de forma a equalizar os anos de exclusão.

Dentre as iniciativas efetivas em busca da igualdade formuladas no país, destaca-se a obrigação, por parte das empresas, em manter um plano de inclusão, nas posições mais altas em nível de gerência, técnica ou científica, tanto de negros, quanto de mulheres e pessoas com deficiência, grupos sociais que historicamente mais vivenciaram a exclusão. A legislação sul-africana exige até mesmo que parte das empresas seja gerenciada por negros, estimulando que se tornem os donos do capital e gestores da economia⁸⁷.

Todas essas ações visam a promover a mudança na realidade social. Ao colocar o negro, a mulher ou o deficiente em uma posição de poder, gera-se um paradigma novo para as pessoas pertencentes a tais grupos e também para a sociedade em geral. O efeito multiplicador de cada posto angariado a custa de ações afirmativas leva à acomodação da sociedade à convivência com a diferença.

As ações afirmativas nos Estados Unidos da América, entretanto, são as mais debatidas nos meios acadêmicos e se voltam para a ascensão social da população afro-descendente, alvo de preconceitos raciais que repercutem até a contemporaneidade.

Segundo Bellintani, o termo ação afirmativa (affirmative action) foi utilizado pela primeira vez em 1935, no Ato Nacional das Relações de Trabalho dos Estados Unidos da América, possibilitando a recolocação ao cargo que poderia ou deveria ter aquele que houvesse sofrido discriminação.

Na década de 60, a luta contra a segregação racial institucionalizada se fortalecia e muitas das ações afirmativas americanas se voltavam para seu combate. O Presidente John F. Kennedy utilizou legalmente a expressão na ordem executiva 10.925/61⁸⁸, talvez a mais emblemática na utilização das ações afirmativas, criando o Comitê para Iguais Oportunidades de Emprego (President’s Committee on Equal Employment Opportunity). Nesse ato, em seu

⁸⁷Após o fim do *apartheid* na África do Sul, há 13 anos, as ações afirmativas implementadas no país foram o principal instrumento no processo de inclusão social dos negros, segundo Shadrack Gutto, professor para estudos africanos da Universidade da África do Sul, em entrevista no Brasil conferida à *Folha de São Paulo* quando participou do "Seminário Internacional de Gestão Pública Compartilhada: Experiências de Ações Afirmativas", organizado pela Prefeitura de São Paulo. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/folha/mundo/ult94u350146.shtml>>. Acesso em: 2 jan. 2012.

⁸⁸BELLINTANI, 2006, p. 41.

item 01 da seção 301, se estabelece que o contratante não discriminará qualquer empregado ou candidato a emprego em razão de sua raça, credo, cor ou nacionalidade original.

O Contratante utilizará ações afirmativas para assegurar que os candidatos a emprego serão contratados e que os empregados serão tratados durante o trabalho sem referência a sua raça, credo, cor ou nacionalidade originária. Tais ações incluirão, mas não se limitarão, às seguintes: emprego, promoções, demissões ou transferência, recrutamento ou publicidade de recrutamento, dispensa ou término, taxas de remuneração ou outras formas de compensação e seleção para treinamento, incluindo aprendizagem. O contratante se compromete a afixar, em local bem visível, à disposição de funcionários ou candidatos a emprego, anúncios a serem fornecidos pelos agentes de contratação estabelecendo as disposições desta cláusula de não discriminação⁸⁹.

Apesar da primeira ordem (acima transcrita) referir-se a ações afirmativas no mercado de trabalho, o mais debatido caso de ações afirmativas no mundo é o das cotas para estudantes afro-descendentes nas universidades norte-americanas.

Devido à grande polêmica que envolve o tema, será trazida, apenas a título de ilustração, a análise realizada por Ronald Dworkin ao se pronunciar sobre o caso “Regentes da Universidade da Califórnia contra Allan Bakke”, que se desenrolou em 1977, frente ao Supremo Tribunal dos Estados Unidos da América.

Resumindo, a faculdade de medicina da Universidade da Califórnia possuía uma reserva de 16 vagas para minorias em desvantagem educacional e econômica. Allan Bakke, jovem norte-americano que não fazia parte dessa minoria e que não fora aprovado dentro das 84 vagas não reservadas, alegou ter sido privado de seu direito fundamental de acesso ao ensino, por possuir nota suficiente para ser aceito nas 16 vagas remanescentes – caso elas não fossem destinadas ao sistema de cotas – mas não ter sido selecionado. Propôs, então, ação no Tribunal da Califórnia e obteve a ordem para que a Universidade o admitisse.

A Universidade recorreu ao Supremo Tribunal e, devido à importância da decisão para todas as universidades que possuem sistema próprio de seleção de alunos, várias dessas instituições de ensino entraram com mandados *amicus curia* junto ao Supremo Tribunal, visando à reversão da decisão proferida pelo Estado da Califórnia.

⁸⁹Executive Order 10.925/61, seção 301, item 01. Tradução livre da autora, no original: The contractor will not discriminate against any employee or applicant for employment because of race, creed, color, or national origin. The contractor will take affirmative action to ensure that applicants are employed, and that employees are treated during employment, without regard to their race, creed, color, or national origin. Such action shall include, but not be limited to, the following: employment, upgrading, demotion or transfer; recruitment or recruitment advertising; layoff or termination; rates of pay or other forms of compensation; and selection for training, including apprenticeship. The contractor agrees to post in conspicuous places, available to employees and applicants for employment, notices to be provided by the contracting officer setting forth the provisions of this nondiscrimination clause.

Gerou-se, então, uma grande discussão em torno do tema das ações afirmativas através de cotas nas universidades, principalmente quando se prestavam à reserva de vagas para estudantes afro-descendentes. Um dos principais argumentos contrários à reserva de vagas era o de que as ações afirmativas iriam agravar a questão da discriminação, tornando os Estados Unidos um país racialmente consciente e dividido, como se cada raça tivesse que possuir uma cota diferente de recursos e oportunidades.

Ronald Dworkin rebateu o argumento de que o sistema de cotas agravaria a discriminação, ao afirmar que esta divisão já existe na sociedade norte-americana. De fato, nos Estados Unidos da América, muito antes da existência das cotas, já havia uma divisão societária racial e a população estava consciente disso, em decorrência de um passado de escravidão e preconceitos. Essa divisão impedia uma liberdade na escolha de papéis sociais, pois ser negro se sobrepõe a qualquer outra característica de personalidade e determina o tipo de dimensão de vida para essas pessoas. Por esse motivo, via-se um reduzido número de negros em determinadas profissões de maior destaque ou poder dentro da comunidade.

Entende o jurista que as ações afirmativas têm o objetivo de aumentar a participação de certas raças ou etnias nas profissões de destaque social, para, num longo prazo, reduzir o grau de consciência racial da sociedade americana.

A estratégia funcionaria não só porque as carreiras mais lucrativas e importantes não estariam mais concentradas na raça branca, criando uma elite social, mas também porque se reduziria o sentimento de frustração e injustiça nos membros da raça negra, que perceberiam ser possível ter sucesso, naquela sociedade, através do talento e da iniciativa.

A juventude afro-americana iria se mirar em exemplos de papéis pertencentes à sua própria raça, mais próximos de sua realidade. Dworkin vê como vantagem a própria convivência em sala de aula entre jovens negros e brancos, o que traria uma visão mais humanizada de uma raça em relação à outra⁹⁰.

Os argumentos trazidos pelos três países que, pioneiramente, implantaram ações afirmativas, foram importantes na formação desse conceito. Entretanto, não é pertinente, nesta dissertação sobre ações afirmativas no mercado de trabalho, aprofundar questões referentes ao racismo neste ou naquele país, ou mesmo no Brasil. Até porque as ações que serão estudadas de forma específica não têm ligação com questões de raça.

⁹⁰DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 438-442.

O importante aqui é observar que as ações afirmativas são utilizadas como instrumentos em busca da igualdade, objetivando corrigir desvios historicamente enraizados e que repercutem no acesso a direitos fundamentais para uma determinada classe de cidadãos.

3.2 Conceito

Como expressão eminentemente técnica, a ação afirmativa demonstra um fazer, uma prestação positiva, e talvez esta seja sua principal característica. É um instrumento de combate à discriminação negativa, resguardando a própria dignidade humana, desta vez em sua vertente positiva ou prestacional, como refere Sarlet⁹¹. Corresponde à criação de mecanismos artificiais para promover a dignidade humana através da igualdade, não apenas se evitando a desigualdade.

O segundo elemento formador do conceito de ação afirmativa seria seu objetivo maior: a busca da igualdade material.

Dos dois primeiros elementos, demonstra-se um caráter instrumental de um fazer em busca da igualdade; mas esse conceito só estará completo quando vinculado ao terceiro elemento: o sujeito ao qual se dirige. Como aqui se trata do estudo das ações afirmativas no mercado de trabalho em uma perspectiva jurídica, tem-se que o grupo ao qual se dirigem será o elemento diferenciador entre estas e outros inúmeros instrumentos que se prestam à distribuição de renda, erradicação da pobreza ou outros objetivos que, em linhas gerais, também visam à igualdade.

O diferencial está nos grupos escolhidos para tais ações, por muitos chamados de minorias. Não se trata aqui de minoria numérica, afinal, muitos dos grupos tradicionalmente beneficiados com ações afirmativas são a esmagadora maioria numérica. Veja o caso das mulheres no Brasil: as pesquisas do CENSO demonstram que, no ano de 2010, as mulheres correspondiam a 51% da população brasileira⁹², não sendo, em absoluto, minoria do ponto de vista quantitativo. No entanto, sua menor participação no mercado de trabalho e na vida política do país, aliada aos índices de violência contra a mulher, demonstra sua situação de vulnerabilidade social.

⁹¹SARLET. Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e Direitos Fundamentais**. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 145-146.

⁹²INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. **Censo 2010**. 2010. Disponível em: <http://www.censo2010.ibge.gov.br/sinopse/webservice/efault.php?cod1=0&cod2=&cod3=&frm=hom_mul>. Acesso em: 18 dez 2011.

Outro exemplo emblemático é a situação da população negra na África do Sul, já referenciada no tópico referente ao histórico das ações afirmativas: embora maioria numérica, sofreu durante anos discriminação negativa de forma institucionalizada.

Dessa maneira, pode-se descartar de pronto o critério quantitativo como mecanismo para aferir o alvo das ações afirmativas, até porque, em sede de pesquisa bibliográfica, os autores estudados foram unânimes nesse sentido⁹³.

A definição de minoria é muito mais complexa do que se imagina e talvez seja o maior desafio na construção de uma ação afirmativa eficaz. Para Sodré, as minorias têm, por característica básica, em primeiro lugar, a vulnerabilidade jurídico-social, de forma que o grupo não é institucionalizado pelas regras do ordenamento jurídico vigente. Note-se que essa característica é de cunho legal. O segundo elemento seria a identidade de *status nascendi*, como algo novo e diferente que se alimenta da força e do ânimo dos estados nascentes; mesmo que já existam há muito tempo, as minorias estão em um eterno recomeço. Por fim, caracterizam-se pela luta contra-hegemônica, por meio de estratégias discursivas presentes em passeatas, invasões, manifestos e quaisquer outros gestos simbólicos⁹⁴.

Tomando esta perspectiva, grupos que não se mobilizem ou não possuam um sentimento de pertença não seriam considerados minorias, sendo o conceito por demais restritivo, dentro de uma vertente jurídica, para o uso das ações afirmativas no Brasil. Então, talvez seja mais conveniente desconsiderar o elemento de luta contra-hegemônica para fins das ações afirmativas; estas fariam parte de um entendimento mais amplo que atingisse também grupos que, embora não estejam organizados ou realizem manifestações, estão em desvantagem do ponto de vista econômico, político ou social. Assim, os sujeitos das ações afirmativas são atores mais diversificados, arrebatando desde diferenças raciais até características físicas e de credo.

Na realidade, a determinação do sujeito ou grupo alvo é variável dentro do contexto social de cada comunidade. Exemplificativamente, em uma sociedade cuja cultura seja de valorização da experiência das pessoas de mais idade, essas não estão em desvantagem social. Já na sociedade brasileira, a juventude é valorizada, sua beleza e força idolatradas, de

⁹³No sentido da falta de qualificação do elemento quantitativo: TEPEDINO, Gustavo; SHEIREBER, Anderson. “Minorias no Direito Civil Brasileiro”. **Revista Trimestral de Direito Civil**, São Paulo, v. 10, p. 135-155, abr./jun. 2002; MADRUGA, Sidney. **Discriminação Positiva: ações afirmativas na realidade brasileira**. Brasília: Jurídica, 2005, p. 82; ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. Ação afirmativa: o conteúdo democrático da igualdade jurídica. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, n. 33, p. 283-297, jul./set. 1996.

⁹⁴SODRÉ, Muniz. Por um conceito de minoria. In: PAIVA, Raquel; BARBALHO, Alexandre (Org.). **Comunicação e cultura das minorias**. São Paulo: Paulus, 2005. Disponível em: <http://www.followscience.com/library_uploads/ea9111f70589c3d3dbcbe5896df4f23/345/por_um_conceito_de_minoria.pdf>. Acesso em: 19 dez. 2011.

modo que ter mais idade traz preconceitos e falta de oportunidades⁹⁵. No caso do Brasil, pode-se, então, considerar a pessoa de mais idade como vulnerável, e tal fato é corroborado pela existência de legislação específica para a proteção dos direitos dos cidadãos que possuem mais de 60 anos, o Estatuto do Idoso (Lei 10.741/2003).

Não há, portanto, uma universalidade dos sujeitos. Cada ordenamento jurídico, tendo por base sua cultura, definirá que grupos de pessoas devem ser beneficiados. Melhor então serem denominados grupos vulneráveis do que minorias; até porque, como se verá adiante, tais políticas públicas ocorrem em benefício da própria sociedade, visando a um objetivo constitucional positivado de diminuir as diferenças entre as pessoas.

A vulnerabilidade, em um sentido mais amplo, define a situação de inferioridade por fatores sociais, econômicos e culturais. Sua principal característica é o não acesso ao poder por um determinado grupo ao qual são negados (ou se torna bem mais difícil acessar) direitos tais como educação de qualidade, participação política e trabalho digno. O conceito de grupo vulnerável contém o de minorias.

Outra forma eficiente de definir o sujeito das ações afirmativas é através do conceito de discriminação, considerada unicamente em sua conotação negativa, sendo que o grupo discriminado em cada cultura seria aquele considerado vulnerável na área escolhida para aplicação das ações. Tomando de empréstimo o conceito trazido por Piovesan, tem-se que:

A discriminação significa toda distinção, exclusão, restrição ou preferência que tenha por objeto ou resultado prejudicar ou anular o exercício, em igualdade de condições, dos direitos humanos e liberdades fundamentais nos campos político, econômico, social, cultural e civil ou em qualquer outro campo.⁹⁶

Detectando a discriminação – de forma mais específica ainda, a discriminação no tocante à fruição de direitos básicos, que, muitas vezes, são os catalisadores de uma maior participação nos grupos responsáveis pela tomada de poder – tem-se um grupo de indivíduos potencialmente inclinados a participar de ações afirmativas. Carmen Lúcia Antunes Rocha também utiliza este conceito alargado do sujeito das ações afirmativas:

A ação afirmativa é um dos instrumentos possibilitadores da superação do problema do não-cidadão, daquele que não participa política e democraticamente como lhe é na letra da lei fundamental assegurado, porque não se lhe reconhecem os meios efetivos pra se igualar com os demais. Cidadania não combina com

⁹⁵FURTADO, Emanuel Teófilo. **Preconceito no trabalho e a discriminação por idade**. São Paulo: LTr, 2004, p. 312.

⁹⁶PIOVESAN, 2005.

desigualdade. República não combina com preconceito. Democracia não combina com discriminação.⁹⁷

Escolhendo como sujeitos aqueles grupos que estão sob discriminação, encontra-se mais um dos elementos básicos do conceito aqui desenvolvido. Por fim, um novo elemento pode ser vislumbrado através da definição formulada pelo Ministro do Supremo Tribunal Federal, Joaquim Barbosa:

Atualmente, as ações afirmativas podem ser definidas como um conjunto de políticas públicas e privadas de caráter compulsório, facultativo ou voluntário, concebidas com vistas ao combate à discriminação racial, de gênero, por deficiência física e de origem nacional, bem como para corrigir ou mitigar os efeitos presentes da discriminação praticada no passado, tendo por objetivo a concretização do ideal de efetiva igualdade de acesso a bens fundamentais como a educação e o emprego⁹⁸.

Observe-se que o conceito acima, ao atribuir um sujeito para tais ações, o faz através do objetivo de combater a discriminação de raça, gênero, deficiência física ou origem nacional, bem como para corrigir ou mitigar os efeitos presentes da discriminação praticada no passado. Esse entendimento colabora com um novo elemento ao sistema, embora, por um lado, restrinja os beneficiários, por outro, amplia o instituto quando informa que a discriminação pode não mais existir no presente, mas os reflexos de um preconceito passado podem reverberar na realidade social por muito tempo. Tal elemento é importante de modo especial para as ações afirmativas no mercado de trabalho aqui estudadas, vez que a falta de uma contratação pode ocorrer não por um preconceito que ocorra na atualidade, mas por deficiente qualificação profissional para exercer aquela atividade, o que, muitas vezes, ocorre por falhas no acesso a ensino de qualidade. Discriminação e o preconceito não são de fácil identificação, portanto, as ações afirmativas se aplicam a quaisquer desvantagens sociais, embora estas não sejam causadas por discriminações históricas ou preconceitos no sentido estrito da palavra⁹⁹.

O elemento que completa a caracterização das ações afirmativas é a sua temporariedade. Adverte-se que tal entendimento não é unânime na doutrina especializada, sendo que alguns autores, tais como Madrugá, entendem que não há caráter exclusivamente

⁹⁷ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. Ação Afirmativa. O Conteúdo Democrático do Princípio da Igualdade Jurídica". In: **Revista da Informação Legislativa**, Brasília, n.33, p.283-297, jul./set. 1996, p.295.

⁹⁸GOMES, Joaquim B. Barbosa. **O debate constitucional sobre as ações afirmativas**. Rio de Janeiro, 2005. Disponível em: <http://www.mundojuridico.adv.br/sis_artigos/artigos.asp?codigo=33>. Acesso em: 15 jul.2012.

⁹⁹BELLINTANI, 2006, p. 65-66.

temporário e, a depender do grupo a ser beneficiado, podem existir ações de natureza permanente¹⁰⁰.

Aqui se discorda da ideia, vez que reconhecer ações afirmativas eternas equivaleria a negar seu papel de instrumento transformador da realidade social e os principais objetivos aos quais se propõem em termos de respeito às diferenças e pacificação social. Se as ações afirmativas para determinado grupo forem para sempre obrigatórias, comprova-se que o preconceito na verdade nunca poderá ser combatido, apenas acobertado, e as ações perderiam sua razão de ser.

Elas possuem, portanto, e pode-se dizer necessariamente, uma dimensão prospectiva no sentido de “fomentar a transformação social, criando uma nova realidade”¹⁰¹. Aceitando que a proteção aos direitos humanos, dos quais as medidas de igualdade material são parte integrante, é uma construção histórica, pode-se dizer, da mesma forma, que exclusão, discriminação e intolerância também foram historicamente construídas e que o direito participou ativamente na construção desse passado, sendo as ações afirmativas medidas de emergência para construir uma nova realidade¹⁰².

As normas que criaram o voto apenas para os homens, a escravidão, o próprio extermínio dos judeus durante a Segunda Guerra Mundial, dentre vários outros exemplos de exclusão e discriminação, foram também fatos jurídicos, estavam positivados em leis. Sendo assim, a desconstrução histórica dos reflexos desse passado discriminatório também passará pelo âmbito jurídico, estará em pauta em leis e chegará ao judiciário. Elas serão necessárias durante a construção dessa nova realidade social e, em uma perspectiva otimista, tornar-se-ão anacrônicas pelo próprio desenvolvimento social que ajudaram a propiciar.

Há inclusive variações no entendimento de ação afirmativa pelo mundo, como comentou Bellintani:

[...] na realidade norte-americana, o termo ação afirmativa é utilizado para denominar qualquer mecanismo que vise a maior inclusão dos historicamente discriminados, assim como ocorre no Brasil. Na Europa, por sua vez, os doutrinadores, cientes de que existem mecanismos de ação afirmativa que promovem a igualdade, mas que, por vezes, implicam a adoção de alguma discriminação positiva, veem nas ações afirmativas um gênero do qual as discriminações positivas são espécie.¹⁰³

¹⁰⁰MADRUGA, 2005.

¹⁰¹PIOVESAN, Flávia. **Temas de Direitos Humanos**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009b, p. 199. A autora também faz alusão ao papel retrospectivo das ações afirmativas em seu papel de aliviar a carga de um passado discriminatório, o entendimento aqui colocado defende a ação afirmativa no mercado de trabalho seria apenas válida para a discriminação que ainda possua efeitos concretos no presente.

¹⁰²*Ibid.*, p. 209.

¹⁰³BELLINTANI, 2006, p.53-54.

Adotando todos os elementos acima mencionados, chega-se ao conceito que mais se adéqua à maneira como as ações afirmativas deveriam ser utilizadas no Brasil: políticas públicas e privadas de caráter temporário, que têm por objetivo maior a busca da igualdade material, por meio da criação de mecanismos artificiais de aceitação, para grupos socialmente discriminados, em instituições que garantam o acesso a direitos fundamentais.

No caso do mercado de trabalho, as instituições em questão são empresas públicas e privadas que se utilizam da força de trabalho humana para atingir seus objetivos; para isso, disponibilizam vagas de emprego. Os bens fundamentais que as empresas proporcionam são, em primeiro lugar, o próprio trabalho – que se considera possuir um valor social de *per si* – e, em decorrência dele, o acesso a bens de consumo que garantam sobrevivência, educação, saúde, lazer; enfim, o trabalho é o nascedouro da fruição dos direitos sociais, pelo menos na perspectiva de uma sociedade capitalista.

3.3 Ações Afirmativas como Característica da Contemporaneidade

É inegável que o século XXI, embora ainda imerso na denominada pelos historiadores “era moderna”, possui características próprias e que se intensificam, há ponto de alguns teóricos da sociologia e do próprio direito classificarem como pós-modernidade¹⁰⁴. Trata-se de um contexto em desenvolvimento, e, portanto, carece do olhar crítico que somente pode ocorrer em momento posterior aos acontecimentos. Nem por isto pode o cientista do direito se furtar a uma tentativa de desvendar as características da contemporaneidade que mais influenciam os fenômenos jurídicos.

Não fosse dessa forma, o direito restaria fadado à irrealdade, apenas sendo considerado por uma elite intelectual especializada em criar teorias e métodos em desuso, incapaz de saciar os conflitos que a rodeiam. As mudanças tecnológicas e sociais ocorridas nos últimos 20 anos afetaram sobremaneira a arquitetura social do mundo do trabalho, tornando o tema das ações afirmativas também uma decorrência deste momento social, principalmente no que tange ao nascimento de uma sociedade mais plural.

¹⁰⁴Sobre pós-modernidade e direito podemos mencionar autores como BITTAR, Eduardo C. B. **O Direito na pós-modernidade e reflexões frankfurtianas**. 2. ed. rev. atual e ampl. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2009; HALL, Stuart. **A identidade cultural na pós-modernidade**. 11. ed. Rio de Janeiro: DPoA, 2006; LYOTARD, Jean-François. **The postmodern condition**. Manchester: Manchester University Press, 1984; BOFF, Leonardo. **Civilização planetária: desafios à sociedade e ao cristianismo**. Rio de Janeiro: Sextante, 2001; JAMESON, Frederic. **A virada cultural: reflexões sobre o pós-moderno**. Tradução de Carolina Araújo. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2006.

Mesmo aceitando que a modernidade não acabou nem ao menos se encontra em sua culminância, também há que se aceitar que ela mudou. Talvez não seja necessário nomear este novo momento e se deva ter cautela em suas conclusões, como a de não existir um padrão de verdade e justiça, o que torna praticamente impossível defender esta mesma justiça¹⁰⁵.

A força dos acontecimentos e a mudança na maneira de pensar que se iniciaram na arte (principalmente na arquitetura, nas artes plásticas e na literatura), contudo, já se fazem sentir no fenômeno jurídico, notadamente na maneira mais fluida e principiológica dos atuais modelos hermenêuticos, já mencionados no primeiro capítulo desta dissertação.

Assim, quando se observa o idealizado conceito de modernidade, que teve como ponto de culminância a Revolução Francesa, a sociedade se voltou para uma realidade com classes bem definidas, embora com possibilidades de mobilidade social, o que criava a ilusão de uma meritocracia perfeita, embasada na liberdade, igualdade e fraternidade. O direito traduzia os clamores sociais daquele período, pelo menos aparentemente. Não havia que se falar em ações afirmativas, pois, na teoria liberal, todos eram livres para fazer suas escolhas e assim traçar seu destino profissional e social.

A contemporaneidade tem demonstrado uma feição bem diferente no tocante às oportunidades no mercado de trabalho e nas possibilidades de ascensão profissional e pessoal. Necessário se faz definir as características do contexto contemporâneo que mais influenciam em questões jurídicas, mais ainda nas questões relativas às oportunidades no trabalho.

Em primeiro lugar, tem-se a falta de uma grande verdade que traga segurança. Para Lyotard, a contemporaneidade se caracteriza pela troca das grandes verdades absolutas apregoadas, primeiramente pela Igreja e depois pela razão, por pequenas verdades mutantes que geram um novo modo de pensar¹⁰⁶. A fragmentação da verdade influencia diretamente a realidade jurídica, como ser verá adiante, e mostra-se nas correntes neoconstitucionalistas e principiológicas de Alexy e Dworkin. Reitera-se aqui que a verdade não deixou de existir, ela apenas se fragmentou, de forma que existem várias verdades, cada uma inerente à realidade cultural e social que a circunda. Viver a pós-modernidade e adaptar-se a ela, para o direito, é conviver com a insegurança das verdades cambiantes, que nem por isso são menos verdadeiras. Para Leonardo Boff:

Nossa tradição cultural desenvolveu duas aproximações à verdade: uma de corte epistemológico, segundo a qual a verdade é a conformação de nossa representação com a realidade. A segunda é de corte ontológico, segundo a qual a verdade é aquilo que se revela da realidade mesma em nossa existência [...]

¹⁰⁵MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. **Fundamentos do Direito**. São Paulo: Atlas, 2010, p. 68.

¹⁰⁶LYOTARD, 1984.

A sociedade informacional trabalha com imagens e com cenários, tentando, cada vez, captar o movimento da realidade e suas configurações a partir do conjunto das relações e dos contextos dela. O ser humano participa destes cenários. Ele capta a verdade à medida que se adapta aos cenários cambiantes. A verdade significa captar o sentido do cenário, aberto sobre a totalidade da realidade que se caracteriza pela complexidade, pela contradição, pela complementaridade e pela evolução.¹⁰⁷

Outro ponto importante para a realidade do trabalho é a chamada globalização. Não há como existir um direito hermeticamente fechado, num sistema que não permita interferências externas. O próprio avanço tecnológico – com o advento da *internet*, a facilidade de viagens internacionais, as correntes migratórias em busca de oportunidades de investimento e trabalho, empresas multi e transnacionais – impossibilita que o ordenamento de um país não mude para se adaptar a essa nova realidade que não obedece a fronteiras nacionais como antes. Não há como estabelecer processos seletivos, de capacitação ou um meio-ambiente de trabalho que deixe de considerar diversas culturas, etnias ou condições de vida.

Na realidade, estes fenômenos globalizadores decorrem mais de elementos fáticos do que jurídicos. Não são criação dos meios acadêmicos, embora por estes sejam analisados, compilados e fundamentados, mas fruto de relações sociais que não podem mais ficar adstritas a fronteiras nacionais e a padrões pré-concebidos. A ampliação cultural do mundo pós-moderno, a busca por novos mercados e a consciência das próprias nações de que nem todos os problemas podem ser internamente resolvidos convergem para soluções alternativas.¹⁰⁸

Mello assevera que, diferente do que ocorria durante o século XX, hoje as nações compreendem a existência de problemas que não podem resolver isoladamente, sendo necessário o envolvimento e a colaboração de todos os membros da sociedade internacional; daí advêm as organizações internacionais, caracterizando a nossa época como a do associativismo internacional.¹⁰⁹

De acordo com Hall a tendência natural do capitalismo é a expansão para captação de mercados, e portanto, a globalização é um fenômeno que vem se desenvolvendo desde o início da modernidade¹¹⁰.

A tendência natural é que a sociedade se torne mais plural; desse modo, são inadmissíveis critérios de seleção e manutenção no emprego que tracem barreiras a

¹⁰⁷BOFF, Leonardo. **Civilização Planetária: Desafios à sociedade e ao cristianismo**. Rio de Janeiro: Sextante, 2001, p.30-31.

¹⁰⁸ARAUJO, Elizabeth A. B. S. Patrimônio natural da humanidade no Brasil. In: WACHOWICZ, Marcos; MATIAS, João Luís Nogueira. (Org.). **A efetivação do direito de propriedade para o desenvolvimento sustentável: relatos e proposições**. Florianópolis: Fundação Boiteaux, 2010b, v. 1, p. 147-167.

¹⁰⁹MELLO, Celso D. de Albuquerque. **Curso de Direito Internacional Público**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 53.

¹¹⁰HALL, 2006, p. 68.

determinados grupos. Assim a escolha por ações afirmativas é um reflexo da fragmentação social.

Se for perseguido o paradigma mais típico da modernidade, referente à revolução industrial, encontrar-se-á apenas a forte polarização das classes burguesa e proletária que visava sempre à homogeneização. Na contemporaneidade, existe um grande número de identidades que agora se autoafirmam em decorrência da fragmentação da sociedade. Tais identidades, embora existentes, estavam sufocadas pela homogeneização provocada pela tirania das massas da modernidade¹¹¹.

Tal fato se refletia no meio-ambiente laboral, onde os empregadores traçam um perfil para seus trabalhadores, perfis estes muitas vezes ligados a teorias tayloristas de administração e que traduziam uma forma disfarçada de preconceito. O empregador teria a total liberdade para escolher o trabalhador que lhe aprouvesse, e teoricamente o cidadão teria a liberdade de escolher seu estilo de vida, ocorre que tal escolha – ou mesmo quando não há escolha, como no caso de características físicas involuntárias como gênero ou raça – levaria a consequências de total exclusão do acesso a bens sociais. Para Prado Jr., na perspectiva da modernidade:

As coisas são organizadas e dispostas de tal modo, à revelia do indivíduo, que, embora se lhe assegure a liberdade de escolha, essa escolha já se encontra predeterminada pelas conseqüências inaceitáveis para ele que decorrem da adoção de uma alternativa que vai de encontro ao estabelecido numa ordem social predisposta por interesses particularistas.¹¹²

Dessa forma, o mercado de trabalho precisa adaptar-se ao contexto social contemporâneo, que tem na pluralidade, na exigência de maior qualificação profissional, na valorização da informação e da criatividade suas principais características. Até porque o trabalho mudou: de tarefas repetitivas e mecânicas, cada vez mais sendo realizadas por máquinas, chega-se à exigência de um trabalhador com visão cosmopolita do empreendimento no qual está inserido e com capacidade para se relacionar com clientes, colegas e trabalhadores, que são fruto desta realidade contemporânea. Sendo assim, ações afirmativas através da exigência de cotas no mercado de trabalho talvez não seja, de fato, um mecanismo tão artificial quanto parece.

¹¹¹ARAUJO, José Carlos Evangelista de. **O Estado Democrático Social de Direito em face do Princípio da Igualdade e as Ações Afirmativas**. 2007. Dissertação (Mestrado em Direito do Estado) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo, 2007. Disponível em: <http://www.sapientia.pucsp.br/tde_arquivos/9/TDE-2007-07-23T08:55:26Z-3845/Publico/Jose%20Carlos%20Evangelista%20de%20Araujo.pdf>. Acesso em: 14 jul. 2012.

¹¹²PRADO JUNIOR, Caio. **O que é liberdade: Capitalismo x Socialismo**. São Paulo: Brasiliense, 2008, p.35.

3.4 Os vários objetivos das Ações Afirmativas

Considerando o caráter instrumental das ações afirmativas e sem perder de vista ser esta, mais que uma teoria ou política engendrada por cientistas políticos ou juristas, uma expressão de necessidades contemporâneas, serão apresentados seus principais objetivos, sendo que os mesmos se prestam de justificativas para sua existência.

Não se poderá deixar de considerar o contraponto, ou seja, os perigos ou os aspectos negativos que tais ações podem cotejar para a sociedade.

3.4.1 Ações Afirmativas como expressão do Estado Democrático de Direito

Diferente do modelo liberal, em que se tratava da relação entre Estado e indivíduo e do necessário respeito, principalmente do primeiro em relação ao segundo, o direito moderno trouxe que, no Estado Democrático de Direito, há um terceiro elemento: os grupos sociais com características particulares, muitos dos quais potenciais beneficiários das ações afirmativas. Cabe então ao Estado Democrático de Direito cuidar do público, do privado e do coletivo, sendo este formado por grupos ligados pelos mais diversos objetivos.¹¹³

Na formação dos grupos que compõem o terceiro elemento, vê-se a imersão dos valores da contemporaneidade, em que não apenas a identidade nacional traz o sentimento de pertença, como referido anteriormente, mas se formam novas identidades vinculadas a características físicas, morais, religiosas, dentre outras.

Ressalte-se que a democracia aqui considerada é aquela que tem por objetivo o bem de toda a sociedade, e não apenas a soma das vontades da maioria. Segundo Comparato, para atingir tal grau de democracia, principalmente em países como o Brasil, onde as desigualdades sociais são marcantes, não basta fortalecer as instituições democráticas através de eleições livres e outros mecanismos. É preciso utilizar políticas públicas que atuem sobre a mentalidade social, caso contrário, ainda se estaria preso a oligarquias¹¹⁴.

De fato, trocar a tirania de um soberano pela tirania de uma maioria jamais irá refletir igualdade ou democracia. As ações afirmativas fazem parte dessas políticas públicas que se dedicam a uma minoria em busca de um bem comum para a sociedade; tal bem perpassa pacificação social, respeito à diferença e criação de uma sociedade mais plural.

¹¹³GUERRA FILHO, 1997, p. 35.

¹¹⁴COMPARATO, Fábio Konder. **Rumo à Justiça**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 261-262.

Longe de exprimir apenas ideias de bondade ou benevolência humanas, no caso de países como Brasil, essas políticas são obrigatórias para o cumprimento de preceitos constitucionais. Então, de fato, não seria necessário tentar justificar a existência das ações afirmativas no mercado de trabalho através de questões filosóficas ou morais. Elas se justificam de forma suficiente, no caso brasileiro, pelos preceitos instituídos na Constituição Federal, que declara o Brasil um Estado Democrático de Direito.

3.4.2 Compensação Histórica

É muito comum o entendimento de que as ações afirmativas são verdadeiras indenizações a serem pagas por um grupo social a outro, devido a um passado de exploração. Toma-se como exemplo desse raciocínio, no Brasil, o passado da raça negra, condenada desde a saída forçada da África, para a escravidão em um país cuja elite, de descendência européia, beneficiou-se com a riqueza auferida a custa do trabalho dos negros, principalmente no ciclo da cana-de-açúcar. O país teria uma dívida para com essas pessoas obrigadas a trabalhar sem pagamento e também excluídas da fruição de direitos fundamentais.

Por ocasião da 3ª Conferência Mundial da ONU contra o racismo, ocorrida em Durban – África do Sul em 2001, foram debatidos diversos tópicos relacionados à necessidade de compensação por parte dos países ocidentais que se valeram do trabalho escravo em determinado momento histórico. Do ponto de vista jurídico, o argumento dos favoráveis à indenização para os pertencentes a etnias prejudicadas evoca, em primeiro lugar, um enriquecimento ilícito auferido pelas nações ocidentais e, depois, a caracterização do tráfico de pessoas como um crime contra a humanidade. Tais argumentos dariam ensejo a uma indenização por parte dos grupos beneficiados, aliás, a indenização recairia sobre o Estado que permitiu e se beneficiou da exploração das etnias prejudicadas. A complexidade da sustentação jurídica desse argumento traz a lume o fato de a escravidão ser uma instituição legal na época em que foi utilizada, o que invalidaria tanto a questão do enriquecimento ilícito, quanto do crime contra a humanidade.¹¹⁵

Tais fatos não negam a profunda influência da questão do tráfico e da escravidão no estigma e no preconceito infligido à raça negra na atualidade. Afinal, quando se fala em

¹¹⁵ DOPCKE, Wolfgang. O Ocidente deveria indenizar as vítimas do tráfico transatlântico de escravos? Reflexões sobre a Conferência das Nações Unidas contra o Racismo, a Intolerância Racial, a Xenofobia e a Intolerância Correlata. **Rev. Bras. Polít. Int.**, Brasília, v. 44, n. 2, p. 26-45, 2001. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rbpi/v44n2/a02v44n2.pdf>>. Acesso em: 3 jan.2012.

termos de história da humanidade, o fim da escravidão legal é fato recente, tanto que ainda se encontram focos de trabalho escravo no Brasil de hoje. O próprio tratamento conferido a algumas categorias de trabalhadores na ordem jurídica, tais como os domésticos, evocam a presença da cultura da escravidão¹¹⁶. Além disso, a discriminação é fato quase notório e facilmente comprovado no tocante ao acesso ao mercado de trabalho, quando se observa a discriminação tanto na oportunidade de emprego quanto na diferença salarial¹¹⁷.

A opinião dos historiadores também corrobora a profunda influência do passado de escravidão na realidade da população negra na atualidade:

É certo que o tráfico e a escravidão atlântica influenciaram profunda e permanentemente a imagem ocidental da pessoa negra e, assim, têm efeito até na atualidade. A “racialização” da escravidão, isto é, a associação de escravo com um ser de cor negra e a imaginação “do negro” como uma “categoria racial inferior” têm as suas origens no tráfico transatlântico e perduram até hoje, como figuras de raciocínio e pensamento de longa duração. Vários pronunciamentos na Conferência de Durban enfatizaram este vínculo entre o tráfico transatlântico de escravos e os racismos da atualidade¹¹⁸.

Entretanto, observa-se que a compensação histórica não é o melhor fundamento para a utilização das ações afirmativas, até porque, nem todos os grupos beneficiados por ações afirmativas foram vítimas de injustiças históricas no passado. No caso das ações afirmativas no mercado de trabalho brasileiro, um dos grupos beneficiados é a de jovens em busca de seu primeiro emprego. Nesse caso, não há um passado nem mesmo uma ligação cultural entre os beneficiados.

Outro ponto em desfavor do fundamento da compensação histórica é o de ordem jurídica acima assinalada: não se pode condenar o Estado nem mesmo um particular a pagar indenização ou realizar ações afirmativas para compensar um fato que não era considerado ilícito no momento em que aconteceu. No direito brasileiro, é basilar o princípio de que nada pode ser considerado ilícito antes de ser previsto em lei. Dessa forma, uma vez que a escravidão e o tráfico eram legalmente previstos no Brasil até o advento da abolição, não podem ser evocados como motivos para eventuais compensações.

Diferente é a questão da discriminação hoje, constitucionalmente prevista como crime e também objeto da agenda nacional para a promoção da igualdade. Essa discriminação recai tanto sobre a população negra, quanto sobre idosos, pessoas com deficiência, mulheres e outros grupos sociais que potencialmente seriam beneficiados com as ações afirmativas.

¹¹⁶FERRAZ, Fernando Basto. **Empregados domésticos**. São Paulo: LTr, 2003, p. 93.

¹¹⁷Dados sobre a discriminação no mercado de trabalho da raça negra serão apresentados no quarto capítulo.

¹¹⁸DOPCKE, Wolfgang. 2001.

3.4.3 *Garantia de diversidade e multiculturalismo*

Na sociedade multicultural, a principal fonte de identidade é exatamente a diferença. Sendo assim, o reconhecimento, por todas as instituições, de valores culturais específicos, trazendo-os para o espaço público, é o objetivo das políticas públicas, que visam ao tratamento igualitário, nesse contexto. Por essas razões, são demandados novos direitos, voltados a demandas específicas desses novos focos de identidade coletiva¹¹⁹. Para Dobrowsky:

[...] se torna um imperativo de legitimidade democrática e estabilização política o asseguramento, a cada um e a todos, de idêntico acesso ao reconhecimento público e, nesta medida, também jurídico, das particularidades julgadas relevantes e especificidades distintivas que requerem tratamento peculiar, a fim de que sejam dispensados a cada componente da comunidade política igual respeito e consideração, através da atribuição de idêntico nível de direitos e oportunidades para realização pessoal, isolada ou coletivamente¹²⁰.

Uma das maneiras de inclusão é a ampliação da representatividade desses grupos. Entretanto, vê-se uma profunda bipolaridade nos anseios em termos do papel do Estado e do direito. Ao mesmo tempo em que se pede um estado neutro diante de várias opções de vida e que permita uma distância regulamentar para manter a independência na escolha de cada um, também se lhe exige uma posição cada vez mais assertiva na garantia de acesso a certas cenas de destaque na vida social e cultural¹²¹.

O que se observa, no entanto, é que mesmo a sociedade sendo cada vez mais plural, esta não é a tendência de suas instituições sociais, e consideram-se as organizações que empregam pessoas um dos espaços que conferem maior representatividade social e cultural à pessoa humana. Por essa razão, as ações afirmativas no mercado de trabalho se prestariam também ao objetivo de tornar as instituições que promovam cidadania e *status* social – sendo o trabalho talvez a mais importante destas – um reflexo genuíno da sociedade contemporânea; até porque a emergência do multiculturalismo leva a aflorarem novas reivindicações para um novo direito, no qual as minorias pedem seu espaço na cena social. Para Semprini,

As minorias atuais têm aprendido a explorar as possibilidades oferecidas pelas instituições liberais e por um sistema democrático. Elas por vezes conseguem impor a mudança e a mestiçagem, bem como o entrincheiramento identitário. Frequentemente, sua única exigência é que se apliquem, na realidade da prática social concreta (educação, trabalho, mobilidade social), a letra e o espírito igualitários da Constituição e de suas leis.¹²²

¹¹⁹DOBROWOLSKI, Samantha Chantal. **A construção social do sentido da Constituição na democracia contemporânea**: entre soberania popular e direitos humanos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 239.

¹²⁰*Ibid*, p. 240.

¹²¹DOBROWOLSKI, 2007, p. 243.

¹²²SEMPRINI, Andrea. **Multiculturalismo**. Tradução Laureano Pelegrin. Bauru: Edusc, 1999, p. 41.

As novas demandas trazidas pelo multiculturalismo são a justificativa mais interessante para a existência das ações afirmativas na contemporaneidade, pois trazem, em seu bojo, benefícios para a própria sociedade em termos de tolerância e respeito às diferenças. Tornar o ambiente de trabalho diversificado refletiria a pluralidade trazida pelo mundo globalizado; como bônus se ganharia em tolerância e pacificação social.

Não se trata aqui apenas da diversidade de raça, gênero ou posição social. A sociedade está repleta de modos de pensar e agir diferentes e sua característica intrínseca, fruto da contemporaneidade, é a pluralidade de crenças (sejam estas morais ou religiosas) e de estilos de vida.

A diversidade tem a grande virtude de estimular, no seio da sociedade, a revisão de padrões e o espírito crítico, afinal, fechando-se em guetos, de acordo com características similares, não haveria a chance de se reinventar, quebrar paradigmas e conceitos. Ver o outro e percebê-lo diferente causa uma transformação pessoal e, concomitantemente, causa um impacto importante no ambiente laboral.

É importante a própria existência da diferença, e uma sociedade que se pretenda plural deve possuir normas que permitam a realização dos fins pessoais de cada um dentro dessa pluralidade. Tais fins não podem ser impostos pela maioria, pois isso iria de encontro ao ideal da liberdade e ao direito de cada um à diferença; porém é impossível negar que existem bens básicos que são necessários para que se chegue a qualquer estágio de escolha, pois o indivíduo somente está apto a buscar seus objetivos pessoais quando o arranjo coletivo do sistema lhe permite sobreviver e ter acesso a bens sociais de base, tais como educação de qualidade e saúde¹²³.

O primeiro passo para a pluralidade e a tolerância exige o acesso a tais bens, muitos deles obtidos através da contraprestação auferida pela venda da força de trabalho. O emprego é uma maneira de permitir ao cidadão poder fazer suas próprias escolhas e vivenciá-las de maneira autônoma. Mais ainda quando não se trata de questão de escolha, como no caso da raça, gênero ou características físicas. É preciso permitir ao cidadão desvencilhar-se da dependência econômica, seja da família ou do Estado, pois, enquanto economicamente dependente, não poderá, de fato, escolher seus rumos e definir seu estilo de vida.

Como afirmado anteriormente, a diversidade no ambiente de trabalho vai propiciar uma convivência com a diferença, que se refletirá em tolerância no seio da própria sociedade. Não que se deseje forçar a escolha desta ou daquela pessoa pelo empregador,

¹²³KUNTZ, Holf. A redescoberta da igualdade como condição de justiça. In: FARIA, José Eduardo (Org.). **Direitos Humanos, Direitos Sociais e Justiça**. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 151.

objetivando que a convivência compulsória vá levar a uma aceitação maior de determinadas características sociais desvalorizadas; mas, muito provavelmente, o medo do desconhecido e da diferença talvez seja o principal motivo para que certas pessoas sejam preteridas em critérios de seleção. A existência de ações afirmativas leva a uma revisão desses critérios, de forma a compatibilizá-los com as exigências de colocação dos grupos vulneráveis.

O direito passa a ter papel central na integração social quando se presta a criar modelos de inclusão de forma a fazer valer o pluralismo e a repensar instituições, com o objetivo de garantir cidadania aos grupos vulneráveis; promovendo, então, a inserção social de grupos tidos como subalternos ou sufocados, articulando sua representação social e política. O direito é o instrumento para trazer novos arranjos institucionais que garantam o tratamento igualitário¹²⁴.

No que tange às ações afirmativas no mercado de trabalho, tem-se, de um lado, a necessidade de garantir o posto de trabalho para aquele que possui características pessoais e opção de vida diferente – o que é bom em termos de tornar a sociedade mais plural institucionalmente – e, do outro, o paradoxo de exigir uma contratação por parte de uma organização que, em última instância, também teria a opção de escolher o tipo de trabalhador que deseja para produzir e conviver.

Apresenta-se nesse ponto, para fins de debate, o aspecto negativo dessa garantia de diversidade, materializada no fato de que cada tentativa que o direito faz de rearranjar as forças sociais, com certeza, exigirá ônus para pelo menos uma das partes envolvidas. A questão é saber até que ponto o empregador efetivamente se prejudica com a contratação forçosa de trabalhadores. Para avaliar de forma objetiva o custo/benefício da diversidade auferida através das ações afirmativas no mercado de trabalho, será apresentada, no quarto capítulo deste trabalho, a pesquisa de campo realizada.

3.4.4 Combate à discriminação

No estudo aqui realizado, quando for referida a palavra discriminação, dar-se-á em sua feição negativa e dentro da definição já acima transcrita de restringir ou negar acesso a direitos em decorrência de alguma característica pessoal que, dentro de critérios racionais, não justifique uma inadequação.

¹²⁴DOBROWOLSKY, 2007, p. 209-216.

É importante que se faça tal observação, principalmente quando se fala de acesso ao mercado de trabalho, pois, em algumas atividades específicas, há que se fazer diferenciação tanto para o bom desempenho da função, quanto para a proteção do trabalhador, cujas características podem requerer um meio ambiente adaptado.

Revelar-se-ão, nesse ponto, dois exemplos, cada um dentro das ações afirmativas no mercado de trabalho, sendo uma no Brasil e outra no exterior, e cada uma com entendimento diferenciado no tocante à existência de discriminação, para trazer a compreensão do tipo de discriminação no mercado de trabalho que se deseja combater.

No caso brasileiro, trata-se das pessoas com deficiência e de sua contratação por empresas particulares, especificamente nas empresas prestadoras de serviços de vigilância armada. Nessa função, não é possível a contratação de vários tipos de pessoa com deficiência, pela própria natureza do trabalho a ser executado, que engloba competências para lidar com arma de fogo e empreender perseguições que exijam esforço físico considerável. Por mero bom senso, já poderiam ser excluídos de tal atividade o cadeirante, o deficiente visual ou auditivo, dentre outros. Tal exclusão, porém, não se configura discriminação negativa de acesso ao mercado de trabalho; primeiro porque se trata de proteção ao próprio trabalhador, segundo, porque o empregador tem o direito de selecionar apenas aqueles que possam exercer a função que lhe é conferida a contento. Ademais, mesmo que se adote um viés extremamente positivista, ainda se esbarraria na questão legal do registro exigido pela Polícia Federal para exercer a profissão de vigilante, exigido pela lei n° 7.102/83, que foi regulamentada pelo Decreto n.º 89.056, de 24/11/1983.

Entretanto, não se pode desconsiderar que os critérios utilizados para selecionar, avaliar e mesmo desligar trabalhadores de suas empresas são muitas vezes eivados de reflexos passados, que nem sempre dizem respeito à atuação profissional em si. Em muitos casos, exige-se uma escolaridade bastante superior àquela necessária para o desempenho da função, o que cria barreiras desnecessárias para trabalhadores que, por motivos de discriminação histórica, não tiveram acesso a ensino de qualidade.

Tal percepção chegou à suprema corte norte-americana no caso *Griggs vs. Duke Power Company*, em que a empresa demandada aplicava testes aparentemente neutros, pois eram igualmente utilizados para trabalhadores de todas as raças, mas que não estavam vinculados de maneira direta à execução do trabalho e traziam discriminação racial de forma implícita ao se observar uma discrepância estatística importante entre os candidatos da raça branca e negra aprovados.

Nesse caso, manifestou-se a teoria do impacto adverso ou diferenciado, na qual a discriminação em testes e processos de seleção poderia ser demonstrada através de estatísticas que comprovassem o desequilíbrio entre grupos de pessoas com características passíveis de discriminação negativa. Não seria necessário sequer comprovar a intenção do empregador em discriminar¹²⁵.

Sendo assim, na seleção para uma vaga reservada à ação afirmativa, os critérios de escolha devem ser razoáveis, na medida em que a capacitação e as habilidades exigidas sejam compatíveis com o cargo pretendido. Tudo isso como forma de atingir o objetivo de combate à discriminação.

3.4.5 Pacificação Social

Outro objetivo que pode ser alcançado através de ações afirmativas é a correção de distorções dentro da sociedade visando à pacificação social, neste caso não se atinge só o cidadão beneficiado em si, mas o ganho geral em termos de segurança e paz.

A questão não é que os benefícios sociais devam ser divididos proporcionalmente entre cada uma das raças, etnias ou grupos sociais que compõem um país; mas a formação de um sistema igualitário de acesso aos direitos fundamentais, de forma que nenhum grupo se sinta discriminado ou preterido, evita embates desnecessários e, por vezes, dispendiosos.

Teoricamente, em uma sociedade onde todos tenham espaço para desenvolver sua personalidade e acesso aos direitos sociais, o nível de tensão entre grupos tem tendência a diminuir. A convivência no ambiente de trabalho ou na escola permite que se “veja o outro” e que se formem paradigmas mais convincentes para o desenvolvimento dos grupos vulneráveis. Afinal, ver que um igual participou e venceu dentro de instituições, antes consideradas inatingíveis para certas pessoas, cria um novo modelo que não foi de encontro aos padrões estabelecidos, mas, dentro deles, conseguiu desenvolver personalidade e habilidades. Tratando-se da igualdade racial, segundo Gomes:

Argumenta-se igualmente que o pluralismo que se instaura em decorrência das ações afirmativas traria inegáveis benefícios para os próprios países que se definem como multirraciais e que assistem, a cada dia, o incremento do fenômeno do multiculturalismo. Para esses países, constituiria um erro estratégico inadmissível deixar de oferecer oportunidades efetivas de educação e de trabalho a certos segmentos da população, pois isto pode revelar-se, em médio prazo, altamente prejudicial à competitividade e a produtividade econômica do país. Portanto, agir afirmativamente seria também uma forma de zelar pela pujança econômica do país. Por fim, as ações afirmativas cumpririam o objetivo de criar as chamadas

¹²⁵MENEZES, Paulo L. **Ação afirmativa no Direito Norte-Americano**. São Paulo: RT, 2001, p. 96-97.

personalidades emblemáticas. Noutras palavras, além das metas acima mencionadas, elas constituiriam um mecanismo institucional de criação de exemplos vivos de mobilidade social ascendente. Vale dizer, os representantes de minorias que, por terem alcançado posições de prestígio e poder, serviriam de exemplo às gerações mais jovens, que veriam em suas carreiras e realizações pessoais a sinalização de que não haveria, chegada a sua vez, obstáculos intransponíveis à realização de seus sonhos e à concretização de seus projetos de vida.¹²⁶

Dessa maneira, na perspectiva do mercado de trabalho, o objetivo da pacificação social seria um efeito colateral da inserção de pessoas, antes marginalizadas, dentro do esquema de produção capitalista. Produzindo e sendo justamente remunerado e respeitado na comunidade, perde a razão de ser a revolta do cidadão contra as instituições e contra o próprio Direito.

3.4.6 Igualdade de Oportunidades

Quando se trata da igualdade de oportunidades, é forçoso tomar de empréstimo as lições de John Rawls sobre a justiça por equidade e os reflexos dela no Estado Democrático de Direito.

Ao discorrer sobre justiça e democracia, o autor trata da multiplicidade de doutrinas religiosas, filosóficas e morais existentes. Obviamente, é impossível que uma só maneira de pensar seja seguida pelo conjunto de cidadãos. A pluralidade de doutrinas, muitas vezes totalmente incompatíveis, pode ser exatamente o resultado do exercício da razão pelos próprios indivíduos dentro de um regime democrático constitucional. A grande vantagem da democracia seria a permissão para que cada um escolha seu estilo de vida e suas crenças.

Nesse ponto, Rawls critica sua própria teoria da justiça como equidade, afirmando que o pluralismo, no sentido colocado no livro *Uma Teoria da Justiça*, não seria realista. Dessa forma, o grande desafio é como manter uma sociedade democrática estável dentro dessas divisões doutrinárias, muitas vezes opostas, e conceber um consenso através da justaposição de tais visões.¹²⁷

Seria a questão de manter a sociedade respeitando suas próprias doutrinas e considerando-as razoáveis e, ao mesmo tempo, deixar de recorrer ao Estado para que os outros escolham tais doutrinas. Rawls apresenta os valores políticos expressos pelos

¹²⁶GOMES, Joaquim B. Barbosa. .O debate constitucional sobre as ações afirmativas. In: SANTOS, Renato E; LOBATO, Fátima (Org.). **Ações Afirmativas**: políticas públicas contra as desigualdades raciais. Rio de Janeiro: DP&A, 2003, p. 19.

¹²⁷RAWLS, John. **Justiça e Democracia**. São Paulo: Martins Fontes, 2000, prefácio X e XI.

princípios de justiça, destacando a igualdade de oportunidades e as bases sociais de respeito mútuo.¹²⁸

Elege, como princípio de justiça, que as desigualdades sociais e econômicas devam estar ligadas a funções e a posições abertas a todos, em condições de justa igualdade de oportunidades, e que devam proporcionar maior vantagem aos membros mais desfavorecidos da sociedade. Tais princípios devem estar presentes em cada instituição.¹²⁹

Assim a igualdade de oportunidades é permitida através de uma conjuntura social na qual, qualquer que seja a condição existente, o cidadão possa se colocar na posição em que escolher, respeitadas suas particularidades. Essa talvez seja a justificativa mais importante para a existência das ações afirmativas, no sentido em que preserva o princípio democrático, ao mesmo tempo em que sintetiza todas as outras justificativas.

3.5 Ações Afirmativas no Mercado de Trabalho

As justificativas para a existência das ações afirmativas no mercado de trabalho não são muito diferentes das utilizadas para as ações afirmativas de maneira geral. O diferencial será que o alcance do posto de trabalho está bem mais próximo do resultado do que da oportunidade. Afinal, como será visto de maneira mais profunda no terceiro capítulo desta análise, o posto de trabalho no mercado formal ainda é um bem escasso, e é o grande provedor das necessidades sociais básicas do brasileiro.

Assim como ocorre nas instituições de ensino, as empresas que contratam trabalhadores se constituem uma barreira para a fruição de vários direitos por parte de pessoas pertencentes a grupos sociais em situação de vulnerabilidade. O círculo vicioso ocorre na medida em que a falta de emprego leva à falta de recursos para investir em educação, alimentação, saúde, cultura, lazer. Não ter emprego tira do indivíduo tanto a questão da subsistência digna e do acesso a bens sociais, como também lhe tira do palco produtivo do país. Aos trabalhadores discriminados resta a dependência, ou a pessoas da família, ou a programas governamentais de assistência social.

Essas duas situações trazem consequências desastrosas para a questão da cidadania, principalmente no ambiente contemporâneo. Em primeiro lugar, seria a perda da identidade pessoal, trazida por esse sentimento de dependência e de incapacidade. Em segundo, a barreira da falta de participação na comunidade; afinal, o ambiente de trabalho

¹²⁸RAWLS, 2000., p. 353-354.

¹²⁹*Ibid.*, p. 207-208.

permite aumento do ciclo de amizades e a participação em eventos sociais e, talvez, o mais importante: o agrupamento em sindicatos e associações.

Além disso, o convívio no ambiente laboral proporciona ao cidadão a adoção de outros modelos de conduta que talvez não tivesse a oportunidade de perceber apenas no âmbito de sua casa. A contraprestação pecuniária auferida daria ensejo à compra de bens de consumo, viagens, planos de saúde; enfim, as oportunidades trazidas pelo acesso ao trabalho são inúmeras e não seria justo alijar parte da população de todos esses benefícios por preconceito.

Por outro lado, não se pode desconsiderar alguns pontos negativos para o próprio trabalhador, que serão melhor abordados no terceiro capítulo desta dissertação, principalmente, no que diz respeito a uma falsa ilusão da estabilidade trazida pelos benefícios de assistência social já instituídos no Brasil.

Do ponto de vista do empregador, observam-se as vantagens de um ambiente de trabalho mais plural e diversificado, onde o respeito à diferença será aprendido mediante a convivência diária, o que se reflete na sociedade em geral através da pacificação social. Teoricamente, um ambiente plural traz novas formas de perceber os problemas e leva a soluções criativas, que talvez não fossem percebidas em um ambiente mais padronizado.

Entretanto, registram-se as imensas dificuldades que podem ocorrer no gerenciamento desse ambiente. Com certeza, as diferenças de educação, estilos de vida e cultura podem acarretar, algumas vezes, mais atritos do que soluções criativas.

Séculos de preconceitos e discriminação não serão resolvidos em uma semana de trabalho, lado a lado, no chão de fábrica. Os desentendimentos serão inevitáveis e os questionamentos quanto aos níveis de produtividade irão existir. Ao empregador cabe administrar todas essas consequências.

Há também a questão da escolha, ou da falta de escolha. Num país onde a exigência em termos de impostos e outras obrigações acessórias para as empresas privadas é alta, parte do empresariado considera as ações afirmativas hoje existentes mais um ônus com que terão que lidar, e que lhes retira o poder de selecionar o trabalhador que lhe aprover.

Todos esses questionamentos salientam a importância de uma pesquisa de campo quando se trata do estudo sobre ações afirmativas no mercado de trabalho, mesmo que de forma germinal. Afinal, todos os estudos e justificativas, se ficarem apenas no plano da teoria, podem findar por deslocar a responsabilidade sobre problemas sociais do Estado para a iniciativa privada, e isto não seria salutar para o desenvolvimento da economia nacional nem da própria sociedade, podendo até mesmo trazer consequências opostas aos objetivos

pretendidos. Ao tentar forçar uma contratação e uma convivência de forma artificial, pode-se criar um ambiente de hostilidade na empresa e práticas já vedadas pela própria doutrina trabalhista, como a de manter um empregado ocioso somente para cumprir a cota, sem exigir dele o desempenho dos demais, que obviamente se sentiriam sobrecarregados e carrearariam sua frustração sobre os cotistas.

No Brasil, existem hoje, em nível federal, duas hipóteses de contratação compulsória de trabalhadores que podem ser consideradas ações afirmativas: as pessoas com deficiência (artigo 93 da Lei 82133/91) e jovens aprendizes (Consolidação das Leis do Trabalho, art.429 e seguintes). O enfrentamento das tensões aqui esquematicamente apresentadas e a maneira como ocorre a arquitetura jurídica que possibilita as ações afirmativas no mercado de trabalho, com ênfase nesses dois casos mencionados, são o início da parte prática relativa à pesquisa jurídica ora apresentada.

4 A CONCRETIZAÇÃO DO VALOR SOCIAL DO TRABALHO ATRAVÉS DAS AÇÕES AFIRMATIVAS NO BRASIL

How many years can some people exist before they're allowed to be free?
 How many times can a man turn his head and pretend that he just doesn't see?
 The answer, my friend, is blowin' in the wind
 The answer is blowin' in the wind.
*Bob Dylan*¹³⁰

Negros, mulheres, pessoas com deficiência, jovens sem experiência profissional, obesos, homossexuais, maiores de 45 anos – são muitos os trabalhadores brasileiros que têm o acesso ao trabalho digno dificultado ou mesmo impedido por características pessoais que causam rejeição no momento de um processo seletivo a postos de trabalho. Preconceito? Falta de qualificação? Acaso? As causas dessa rejeição são afetas a outras áreas da ciência, como a sociologia ou psicologia organizacional. Nesta pesquisa, optou-se por analisar o viés jurídico, tendo por objeto a eficácia das normas brasileiras que, com o escopo de concretizar o direito fundamental ao trabalho, adentraram na polêmica seara das ações afirmativas, tentando reverter dificuldades encontradas por esses trabalhadores.

Primeiramente, objetivando conhecer de forma mais profunda a interpretação prática do princípio constitucional do valor social do trabalho e a própria gênese da investigação, estudar-se-ão as várias faces da expressão “trabalho”. Após essa introdução, serão pesquisados os indícios de existência de discriminação no mercado de trabalho brasileiro, com relação a alguns grupos vulneráveis, através de dados estatísticos, pesquisas já publicadas e jurisprudência sobre a temática – esta última, sintoma jurídico do preconceito.

Enfim, serão apresentados os dois casos de ações afirmativas no mercado de trabalho mais expressivos no Brasil – pessoas com deficiência e jovens sem experiência profissional – trazendo a lume as idiosincrasias carregadas pela própria legislação, de modo a contextualizar a pesquisa de campo a ser realizada no derradeiro capítulo desta pesquisa.

4.1 O que é trabalho?

Sendo esta uma pesquisa jurídica, não se pode perder o foco do significado do trabalho dentro do ordenamento brasileiro. Desde já, na Constituição brasileira, o valor social

¹³⁰ Canção de Bob Dylan que traduz a necessidade de permissão para ser livre. No contexto desta dissertação, é preciso que se permita a participação de algumas pessoas no mundo do trabalho, é preciso permissão para escolher onde e em que trabalhar. Tradução livre da autora: Quantos anos algumas pessoas podem existir até que seja permitido a elas ser livres? Quantas vezes um homem pode virar sua cabeça e fingir que ele simplesmente não vê?

do trabalho se apresenta como um fundamento (artigo 1º, inciso IV), o trabalho em si é direito social (artigo 6º, caput), possui órgão próprio de justiça especializada (artigo 92, inciso IV) e também aparece como fundamento da ordem econômica (artigo 170, *caput*).

As razões para tamanho realce dentro dessa ordem constitucional decorrem tanto do aspecto prático do trabalho, provedor de recursos materiais necessários à sobrevivência, quanto de outros significados culturais e sociais que este adquiriu. O que se observa na literatura que trata sobre o termo é uma enorme proliferação de significados, sejam de ordem prática ou filosófica, e com indefectível ligação com o momento histórico percorrido.

Para Arendt, existem duas acepções para o termo trabalho na modernidade, o que é justificado pelo fato de as línguas europeias antigas e modernas trazerem dois vocábulos distintos, que são utilizados de forma corrente como sinônimos. Menciona, dentre outros, os termos *laborare* e *facere* no latim e *traveiller* e *ouvrier* no francês. Delimita a autora a diferença entre o trabalho e a obra, sendo que esta termina quando o objeto está acabado e entra para o mundo das coisas, já aquele move-se em um ciclo infinito, como um processo biológico que concretiza o próprio ciclo da vida e somente se acaba com a morte do indivíduo¹³¹.

Karl Marx conceitua o trabalho como um processo em que são participantes o homem e a natureza, no qual o homem, utilizando a própria força que a natureza lhe confere, torna-a útil para a vida humana; atua o homem modificando-a e, a um só tempo, modificando a si mesmo. Assevera ainda que, embora os animais também utilizem sua força modificando o ambiente natural, o homem tem como diferencial a idealização do produto final de seu trabalho, emprestando ao material o projeto que tencionava antecipadamente¹³².

Chegando à contemporaneidade, observamos que o entendimento usual de trabalho contém parte de quase todos os conceitos que adquiriu ao longo da história da humanidade. Há no trabalho um pouco do castigo divino imposto ao primeiro homem através da frase “ganharás o pão com o suor do teu rosto”¹³³; também da etimologia do termo trabalho, que viria de *tripaliu* (latim), instrumento de tortura formado por três paus; o trabalho como parte de um ciclo vital; o trabalho como uma atividade menor quando comparado à filosofia e à contemplação¹³⁴; o trabalho depois valorizado e considerado pela Igreja como uma maneira de evitar maus pensamentos e pecados; a visão econômica do meio de produção; o trabalho como forma de realização pessoal; como forma de ser alguém dentro da

¹³¹ARENDR, Hannah. **A Condição humana**. 11.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 98-121.

¹³²MARX, Karl. **O Capital**. 3. ed. São Paulo: Edipro, 2008, parte III, capítulo 7, seção 1.

¹³³BÍBLIA. A.T. **Gênesis**. Português. São Paulo: Paulus, 2000. p. 17.

¹³⁴Entendimento advindo dos clássicos gregos Platão e Aristóteles.

comunidade; como mecanismo garantidor da sobrevivência e, finalmente, a consideração da imaterialidade que há no trabalho, sendo ele processo e, como todo processo, por definição, imaterial.

A imaterialidade é o componente de visibilidade social do trabalho, talvez o mais valorizado na sociedade contemporânea e o mais importante quando se trata de ações afirmativas. Para o filósofo Lipovetsky, a exacerbação do individualismo da atualidade confere ao trabalho uma capacidade de identificação pessoal. É como uma arena em que o ser humano pode expressar sua capacidade de competir e se desenvolver. Para ele:

A responsabilidade substituiu a utopia festiva e a gestão, a contestação; tudo acontece como se nós reconhecêssemos na ética e na competição os regulamentos sábios e a realização profissional. O Capitalismo era vilipendiado: hoje só se fala em regularizá-lo. Difundia-se a “alergia” ao trabalho: hoje se investe cada vez mais na própria profissão e na própria carreira; cerca de quatro assalariados franceses entre dez consideram o trabalho, antes de qualquer coisa, um meio de desenvolvimento e de expressão pessoal¹³⁵

As definições e sentimentos evocados, quando esse componente de expressão pessoal se exacerba, são tão vastos que se torna quase impossível conhecer o significado do trabalho para o ser humano de forma objetiva. Entretanto, é importante que se tenha a consciência de que transcende a mera sobrevivência ou mesmo os bens materiais assegurados por uma boa contraprestação pecuniária. Essa percepção é extremamente importante numa pesquisa que tem por objeto ações afirmativas, cuja justificativa mais relevante talvez seja o componente imaterial da capacidade de conferir dignidade ao homem e à mulher através do trabalho¹³⁶.

4.1.1 O trabalho enquanto forma de assegurar igualdade e diferença

A igualdade se traduz de forma perfeita na capacidade humana de escolha. Na contemporaneidade, a gama de opções sociais, estilos de vida e cultura se intensificam, de modo que o ser humano se diferencia mediante as escolhas feitas. Ao mesmo tempo, tal diferenciação não pode significar uma barreira à fruição de seus direitos fundamentais. Habermas, dissertando sobre multiculturalismo, fala sobre a necessidade da coexistência de todas essas opções em igualdade de direitos:

¹³⁵ LIPOVETSKY, Gilles. **A era do vazio**: ensaios sobre o individualismo contemporâneo. Tradução Therezinha Monteiro Deutsch. Barueri: Manole, 2005, p. 190.

¹³⁶ MARQUES, Rafael da Silva. **O Valor Social do Trabalho na Ordem Econômica, na Constituição Brasileira de 1988**. São Paulo: LTr, 2007, p. 111.

Em sociedades multiculturais, a coexistência de estilos de vida em igualdade de direitos: significa para cada cidadão a oportunidade de crescer de forma saudável em um mundo da cultura herdada e deixar seus filhos crescerem nesta cultura, isto é, a oportunidade para se confrontar com esta cultura – bem como com todas as outras – prosseguir com ela de forma convencional ou transformá-la, assim como a oportunidade de dela separar-se com indiferença ou de negar seus imperativos de forma auto-crítica, para continuar a viver com uma ruptura com a tradição concluída conscientemente ou com uma identidade dividida.¹³⁷

Daí porque, como avalia Santos, é preciso uma articulação entre políticas de igualdade e políticas de identidade, reconhecendo que nem toda diferença é inferiorizante, pois a política de igualdade que possui norma de identidade única se transforma em uma política de desigualdade. Da mesma forma, a política que não reconhece a diferença que inferioriza se torna uma política racista. Válida então a máxima “temos o direito de ser iguais sempre que a diferença nos inferioriza; temos o direito de ser diferentes sempre que a igualdade nos descaracteriza.”¹³⁸

Existe um grau de eficácia também na discriminação, que nasce dos conflitos entre os diversos grupos sociais, e esta eficácia varia de uma sociedade para outra e imiscui múltiplos fatores de discriminação. Em países economicamente mais desenvolvidos, a classe tem um papel fundamental como discriminante, embora igualmente codependa de outros fatores, como raça e sexo. Já no contexto de exclusão em países que passam por dificuldades econômicas, a classe tem influência apenas complementar, fortalecendo ou atenuando outras características discriminadoras existentes. A gestão dessas desigualdades e exclusões é produto de lutas sociais que devem impor ao Estado a adoção de políticas capazes de minimizar os efeitos danosos da exclusão e da desigualdade.¹³⁹

Por essa razão, a pesquisa aqui realizada se voltará para a realidade do mercado de trabalho brasileiro. Embora a noção de ações afirmativas tenha sido, de certa forma, importada de experiências vividas por outros países, estudá-los, em sua modalidade à brasileira, implica conhecer de forma mais profunda nossos mecanismos de exclusão. Tratamos aqui de uma massa de trabalhadores que vivem diariamente a exclusão econômica,

¹³⁷HABERMAS, Jürgen. **La inclusión del outro**: estudios de Teoría Política. Barcelona: Paidós. 1929, p. 211. Tradução livre, no original: Em las sociedades multiculturales, La coexistência de las formas de vida em igualdade de derechos significa para cada ciudadano una oportunidad asegurada de crecer de una manera sana em el mundo de una cultura heredada y de dejar crecer a sus hijos em ella, esto es, la oportunidad de confrontarse com esa cultura – como com todas las demás-, de proseguirla de manera convencional o de transformarla, aí como La oportunidad de separarse com indiferencia de sus imperativos o de renegar de modo autocrítico, para seguir viviendo em adelante com El aguijón de una ruptura com La tradición completada conscientemente o com una identidad dividida.

¹³⁸SANTOS, Boaventura de Sousa. **A gramática do tempo**: para uma nova cultura política. 3. ed. São Paulo: Cortez, 2010, p. 313.

¹³⁹*Ibid.*, p.312.

razão pela qual os demais fatores de discriminação podem ser aferidos de forma mais transparente.

Essa análise há que ser feita de forma a articular questões relativas ao trabalho em suas vertentes de meio de sobrevivência, fator de produção e de identidade cultural. Como afirma Souza,

O economicismo liberal, assim como o marxismo tradicional, percebe a realidade das classes sociais apenas “economicamente”, no primeiro caso como produto da “renda” diferencial dos indivíduos e, no segundo caso, como “lugar de produção”. Isso equivale a esconder todos os fatores e precondições, sociais, emocionais, morais e culturais que constituem a renda diferencial, confundindo, ao fim e ao cabo, causa e efeito. Esconder os fatos não econômicos da desigualdade é, de fato, tornar invisíveis as duas questões que permitem efetivamente “compreender” o fenômeno da desigualdade social: a sua gênese e a sua reprodução no tempo.¹⁴⁰

Esses fatores de igualdade e diferença se exteriorizam quando se observa a dinâmica do mercado de trabalho brasileiro. Em estudo sobre ações afirmativas, será necessário analisar o contexto do desemprego e, para isso, como corte epistemológico, foi escolhido um momento estaque onde se terá a oportunidade de avaliar a existência do preconceito no tocante a igualdades e diferenças de forma mais objetiva. Para empregador e empregado, a contratação é precedida por um momento de escolha e de avaliação de oportunidades. Na pesquisa científica, esse momento será o critério para aferir a existência de preconceito por razões não-econômicas a ponto de justificar a intromissão na liberdade de contratar dos atores da relação de trabalho pelas ações afirmativas.

4.2 O Contexto do Desemprego no Brasil

Antes de tudo, há que se fazer uma diferenciação terminológica importante relativa aos conceitos de trabalho, emprego e ocupação.

Prescindindo da utilização exclusiva de conceitos jurídicos, traz-se a afirmação de Paul Singer, economista que deixa clara a diferença entre emprego e ocupação. No emprego, há necessariamente uma contraprestação pecuniária e, do ponto de vista econômico, dar-se-ia a inversão da frase oferta de emprego, na realidade o que se oferece é a força de trabalho que é comprada pelo empregador. A ocupação seria um termo mais abrangente, que engloba qualquer atividade, mesmo precária, que promova o sustento de quem a exerce. O emprego assalariado constitui a espécie de ocupação intimamente ligada ao sistema capitalista e

¹⁴⁰SOUZA, Jessé. **Os batalhadores brasileiros**: nova classe média ou nova classe trabalhadora? Belo Horizonte: UFMG. 2010, p. 22-23.

também a mais freqüente¹⁴¹, tanto o é que, quando se fala em desemprego, já existe a imediata associação com as vagas formais existentes no mercado.

Do ponto de vista jurídico, tem-se um conceito positivado de empregado presente na Consolidação das Leis do Trabalho, em seu artigo terceiro. Note-se que, como elementos que compõem a categoria emprego para o direito, além de outros, estão a dependência em relação a outrem que lhe paga salário. Seria a tradução jurídica do conceito econômico de emprego acima mencionado.

Como forma de fidelidade científica, a categoria jurídica a ser estudada como causadora de desemprego será a do trabalho considerado de acordo com os dados estatísticos apresentados ao longo do texto, ou seja, não utilizaremos nem conceitos filosóficos nem jurídicos, mas o conceito utilizado pelos institutos de pesquisa que, por sua vez, obedecem a padrões estabelecidos pela Organização Internacional do Trabalho (OIT), garantindo o padrão mundial nos estudos sobre o desemprego.¹⁴²

Segundo o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), o conceito fundamental para as pesquisas de desemprego é o de trabalho entendido como ocupação econômica remunerada em dinheiro, produtos ou outras formas não monetárias e a ocupação econômica não-remunerada. O conceito de população economicamente ativa para o IBGE:

Compreende o potencial de mão-de-obra com que pode contar o setor produtivo, isto é, a população ocupada e a população desocupada, assim definidas:

população ocupada - aquelas pessoas que, num determinado período de referência, trabalharam ou tinham trabalho mas não trabalharam (por exemplo, pessoas em férias).

As pessoas ocupadas são classificadas em:

Empregados - aquelas pessoas que trabalham para um empregador ou mais, cumprindo uma jornada de trabalho, recebendo em contrapartida uma remuneração em dinheiro ou outra forma de pagamento (moradia, alimentação, vestuário, etc.). Incluem-se, entre as pessoas empregadas, aquelas que prestam serviço militar obrigatório e os clérigos. Os empregados são classificados segundo a existência ou não de carteira de trabalho assinada.

Conta Própria - aquelas pessoas que exploram uma atividade econômica ou exercem uma profissão ou ofício, sem empregados.

Empregadores - aquelas pessoas que exploram uma atividade econômica ou exercem uma profissão ou ofício, com auxílio de um ou mais empregados.

Não Remunerados - aquelas pessoas que exercem uma ocupação econômica, sem remuneração, pelo menos 15 horas na semana, em ajuda a membro da unidade domiciliar em sua atividade econômica, ou em ajuda a instituições religiosas, beneficentes ou de cooperativismo, ou, ainda, como aprendiz ou estagiário.

População Desocupada - aquelas pessoas que não tinham trabalho, num determinado período de referência, mas estavam dispostas a trabalhar, e que, para isso, tomaram alguma providência efetiva (consultando pessoas, jornais, etc.).¹⁴³

¹⁴¹SINGER, Paul. Desemprego e exclusão social. **Revista São Paulo em Perspectiva**, São Paulo, v. 10, n. 1, p. , jan./mar. 1996.

¹⁴²INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA, 2012.

¹⁴³*Ibid.*

O emprego subordinado é a espécie mais utilizada no Brasil e teria a capacidade de trazer sustento à pessoa e à sua família. Também a ocupação exercida mediante iniciativa própria por todos os grupos estudados possui o potencial de conferir dignidade, pois é forma de trabalho e igualmente tem a capacidade de trazer o sustento para a pessoa e sua família e de imprimir relevância social, fator componente da dignidade humana.

O ideal de uma sociedade mais humana e mais justa é que haja uma igualdade de oportunidades, na qual todos os cidadãos possam concorrer em condições equitativas pelos bens escassos da vida. Digam-se escassos, pois claro está que existem bens limitados que não podem ser imediatamente alargados para abarcar todos os candidatos à sua obtenção. A título exemplificativo, não há vagas nas universidades para todos aqueles que almejam um título superior, assim como não há empregos suficientes para toda a população ativa do planeta, razão pela qual se vislumbra, em praticamente todos os países, um percentual considerável de pessoas desempregadas.¹⁴⁴

Como as ações afirmativas no mercado de trabalho, alvo de pesquisa de campo realizada nesta dissertação, visam ao emprego formal, ou seja, o trabalhador com carteira de Trabalho e Previdência Social (CTPS) assinada, utilizar-se-ão também os indicadores do Cadastro Geral de Empregados e Desempregados (CAGED) e da Relação Anual de Informações Sociais (RAIS), apresentados pelo Ministério do Trabalho e Emprego.

Fazendo um retrato da realidade do mercado de trabalho brasileiro na atualidade, observa-se que, em abril de 2012, a População Economicamente Ativa correspondia a 57,2% do total, segundo a Pesquisa Mensal de Emprego (PME), realizada pelo IBGE nas capitais: Recife, Salvador, Belo Horizonte, Rio de Janeiro, São Paulo e Porto Alegre¹⁴⁵.

A taxa de desocupação em abril de 2012 foi de 6%, sendo que em abril de 2011 a mesma taxa foi de 6,4%, o que demonstra que o percentual vem declinando. O crescimento no nível de emprego é diretamente relacionado com o desenvolvimento econômico do país. Entretanto, o importante na análise desses dados, para esta pesquisa, não é saber os motivos do crescimento econômico ou do aumento da taxa de emprego, mas detalhar a composição da empregabilidade, no tocante às características específicas de alguns grupos.¹⁴⁶

Para aguçar a curiosidade nesse detalhamento, que será estudado de forma pontual mais adiante, observa-se, no quesito gênero, que o índice de desocupação é de 3,9% entre os homens e de 6,7% entre as mulheres. Os jovens de 18 a 24 anos também têm uma taxa bem

¹⁴⁴BELLINTANI, Leila Pinheiro. **Ação Afirmativa e os Princípios do Direito**: a questão das cotas raciais para ingresso no ensino superior no Brasil. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, p. 26-27.

¹⁴⁵INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA, 2012.

¹⁴⁶*Ibid.*

maior em relação à média: 11,4% em novembro de 2011. Esses dois exemplos já demonstram que o crescimento da empregabilidade não é homogêneo dentro da população.¹⁴⁷

Embora se observe uma recuperação geral nos níveis de ocupação brasileira após o Plano Real, esse incremento excluiu os menos qualificados ou aqueles que possuem alguma característica diferencial que possa ser alvo de discriminação, o que demonstra a tendência a não privilegiar exatamente aqueles que mais precisam superar sua condição de desemprego.¹⁴⁸

4.2.1 Desemprego seletivo

Considerando o índice baixo de desemprego no Brasil de hoje, torna-se ainda mais evidente o fenômeno social que justifica a existência das ações afirmativas do mercado de trabalho. O acesso ao trabalho está intimamente relacionado com os índices gerais de pobreza da população, bem como com a vulnerabilidade de cada grupo social. A questão do emprego, ou da empregabilidade, vincula-se aos meios necessários para que as famílias satisfaçam suas necessidades e à sua vulnerabilidade, considerada como o volume adicional de recursos para que satisfaçam suas necessidades básicas em relação a uma família padrão, ou seja, a existência de pessoas com deficiência, idosos, crianças, adolescentes, no grupo familiar, aumenta o volume de renda *per capita* necessária para que uma família se sustente¹⁴⁹.

O mercado de trabalho possuiria assim um duplo enfoque ou função, sendo ora revelador, ora criador de desigualdades. No primeiro caso, revela as desigualdades na distribuição do capital humano na medida em que revela a heterogeneidade na educação e na experiência dos trabalhadores. Por outro lado, é um gerador de desigualdades ao remunerar de forma distinta pessoas com a mesma experiência e capacidade produtiva em razão de fatores de discriminação como sexo ou raça¹⁵⁰.

Enquanto revelador de desigualdades, um dos indicadores mais importantes seria o nível de educação da população, considerado, por muitos, a grande explicação para a desigualdade na empregabilidade e nas variações de remuneração. Nesse caso, a desigualdade no mercado de trabalho brasileiro revelaria uma face primária de desigualdade de oportunidades em um momento anterior ao ingresso no mercado, ainda na educação básica.

¹⁴⁷INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA, 2012.

¹⁴⁸DEDECCA, Cláudio Salvadori; ROSANDISKI, Eliane Navarro. Enfim, Esperança de Requiem para a tese da 'Inempregabilidade'. In: PAGNANI, Eduardo; POCHMANN, Márcio (Org.). **Debates contemporâneos: economia social e do trabalho**, n.1: mercado de trabalho, relações sindicais, pobreza e ajuste fiscal. São Paulo: LTr, 2007, p. 117.

¹⁴⁹BARROS, Ricardo Paes *et.al.* **Pobreza multidimensional no Brasil**. 2006. Disponível em: <<http://www.ipc-undp.org/md-poverty/papers/Ricardo%20Paes%20de%20Barros.pdf>>. Acesso em: 20 jan. 2012.

¹⁵⁰*Ibid.*

Essa função reveladora poderia sobrepor o papel gerador de desigualdade que o mercado de trabalho também possui.¹⁵¹

A questão da educação, no entanto, não pode ser utilizada como justificativa única para a dificuldade de acesso ao mercado de trabalho para certas categorias historicamente discriminadas. Tanto é que, muitas vezes, será demonstrada a existência de diferenciação no acesso entre pessoas com a mesma escolaridade, por pertencerem ou não a grupos vulneráveis. Assim, embora extremamente importantes, restará demonstrado que as ações voltadas unicamente para o acesso à educação de qualidade não são suficientes para propiciar a igualdade no sentido material, quando se trata de efetivação do direito fundamental ao trabalho digno.

Introduzindo mais um conceito basilar para a pesquisa ora desenvolvida, buscar-se-á a definição de desemprego seletivo, que é aquele o qual se volta para determinados grupos sociais, causando uma desigualdade nas oportunidades de contratação, ou seja, o índice de desemprego varia de acordo com características pessoais de quem procura emprego. O índice de desemprego para um homem branco heterossexual é muito menor do que para um homossexual negro ou uma mulher, pelo menos é o que demonstram os dados estatísticos no Brasil, trazidos em tópicos específicos adiante.

Entretanto, seria suficiente uma análise estatística para determinar a existência de discriminação? Será possível que essa diferença se deva a um componente cultural da própria pessoa possivelmente discriminada que a levaria a procurar emprego com menos afinco que os demais? Realmente esse é um questionamento pertinente, porém, ao se tratar de uma agenda nacional de combate à discriminação, esse próprio componente cultural procura ser combatido e se mostra como desfavorável à igualdade.

Existem também outras formas de detectar a discriminação, demonstrada por meio da pequena participação de certos grupos nas instâncias de decisão do país e pela existência de violência voltada para esses segmentos, simplesmente por possuírem tal característica que os torna mais vulneráveis. Enfim, além de tudo isso, que pode ser matematicamente aferido, ainda há o componente imaterial da discriminação, muito mais difícil e cruel, uma vez que os instrumentos para sua neutralização perpassam uma mudança na mentalidade em paradigmas culturais e sociais amplamente aceitos e difundidos.

¹⁵¹ZEBRAL FILHO, Silverio Teles Baeta. **Globalização, desemprego e desigualdade**: evidências, mitos e desafios do mercado de trabalho brasileiro. Brasília: CRUB, 1997, p. 64.

4.3 O acesso dos grupos vulneráveis ao trabalho

Como o objetivo final deste estudo é avaliar a eficácia das ações afirmativas hoje existentes no mercado de trabalho e a possível expansão dessas ações a outros grupos em situação de vulnerabilidade por preconceitos e discriminações, será feito um breve relato sobre a situação de cada um desses grupos de pessoas no mercado de trabalho brasileiro. Isso porque as ações afirmativas, como instrumentos que interferem em direitos fundamentais de alguns em detrimento de outros, devem ser utilizadas com muita cautela e baseadas em evidências que permitam avaliar desempenho e eficácia.

A lista de grupos em situação de vulnerabilidade abaixo elencada não é exaustiva. Afinal, a sociedade se modifica em ritmo acelerado, e aqueles anteriormente discriminados podem passar a ser valorizados pelo mercado de trabalho, onde as competências e métodos utilizados também se modificam. Foram escolhidos apenas os mais notórios e aqueles nos quais já existe alguma medida positiva sendo aplicada.

Por último, serão apresentadas as duas categorias já amparadas por ações afirmativas no mercado de trabalho brasileiro, cujas leis serão alvo do exercício de aferição do grau de eficácia na conclusão desta pesquisa.

4.3.1 *Idade avançada*

O Estatuto do Idoso, Lei 10741/2003, busca beneficiar pessoas com mais de 60 anos de idade. Em seu capítulo VI, estimula o trabalho do idoso assegurando o direito a exercer uma atividade profissional compatível com sua capacidade física, intelectual e psíquica. Veda também a discriminação e o estabelecimento de limite máximo de idade para admissão, inclusive em concursos públicos, ressalvando os casos em que a natureza do cargo assim admitir. A Organização Mundial de Saúde (OMS) e a Organização Internacional do Trabalho (OIT) consideram idoso o maior de 65 anos¹⁵² e demonstram a clara necessidade de garantir a essas pessoas o acesso ao trabalho decente.

Ocorre que a questão do preconceito e da discriminação por idade no mercado de trabalho existe bem antes dos 60 anos, a que se refere o estatuto ou ao indicado nos diplomas

¹⁵²A Convenção n. 102 da Organização Internacional do Trabalho em seu artigo 26, item 2, determina a aposentadoria por velhice a partir do 65 anos, embora possa ser fixada, pelas autoridades competentes, uma idade mais avançada, tomando-se em consideração a capacidade de trabalho das pessoas idosas no país. O Decreto Legislativo 269/08, que ratifica os 87 artigos da Convenção, foi publicado na edição do Diário Oficial da União (DOU) de 19 de Setembro de 2008 e ratificado pelo Brasil em 15 de junho de 2009.

internacionais. Não que alguém com menos de 60 anos seja idoso, mas a cultura de apologia à juventude no Brasil torna difícil o acesso ao mercado de trabalho já a partir dos 35 ou 40 anos de idade¹⁵³.

Infelizmente, há uma carência de dados estatísticos oficiais sobre o acesso ao mercado de trabalho na idade avançada e, como aqui se pretende fazer um diagnóstico sobre o preconceito ou discriminação em bases científicas, as opiniões escritas, porém não embasadas numericamente, podem cair em uma visão de mercado equivocada.

Há um dado, entretanto, que não pode passar despercebido e que está no âmago do preconceito no acesso ao mercado de trabalho por idade no Brasil: nosso país, até agora, tem sido essencialmente jovem, no sentido de que a maioria da população economicamente ativa ainda não chegou aos 40 de idade. Entretanto, a pirâmide etária brasileira vem mudando sua forma no decorrer dos anos. De uma base alargada que evidencia um país de jovens, passou a uma base menor, sendo a população de 0 a 4 e de 5 a 9 anos inferior numericamente à população com mais de 10 anos de idade¹⁵⁴. Uniu-se isso a uma taxa de natalidade que decaiu.

Por outro lado, a expectativa de vida do brasileiro passou a ser de 73 anos, 2 meses e 1 dia em 2009. Entre 1980 e 2009, o acréscimo foi de 10 anos, 7 meses e 6 dias, passando de 62,57 anos para 73,17 anos, ou seja, a cada ano a expectativa de vida aumentou 4 meses e 12 dias. Segundo as projeções do IBGE, o país chegará em 2050 em uma esperança de vida ao nascimento de mais de 81 anos¹⁵⁵. Obviamente, esta mudança também deve impactar no mundo do trabalho e na questão do preconceito por idade.

Analisando os dados acima apresentados, vê-se uma perspectiva otimista para o trabalhador de mais idade no futuro. Afinal, com a diminuição da mão-de-obra jovem, o mercado forçosamente absorverá o trabalhador de mais idade. Nesse caso, o preconceito será vencido pela necessidade de produção.

Contudo, considerando o agora, vê-se a grande dificuldade de recolocação no mercado de trabalho brasileiro a partir dos 45 anos, o que causa um verdadeiro pânico no profissional em perder seu emprego, pois teme amargar a falta de ocupação por muito tempo. A desvalorização da experiência leva algumas empresas a modificar seu quadro de forma

¹⁵³ Neste sentido ver: FURTADO, 2004, p. 293.

¹⁵⁴ INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. **Pirâmide etária brasileira ano 2010**. 2010c. Disponível em: <http://www.censo2010.ibge.gov.br/sinopse/webservice/frm_piramide.php?codigo=0>. Acesso em: 24 fev. 2012.

¹⁵⁵ INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. **Observações sobre a evolução da mortalidade no Brasil: o passado, o presente e perspectivas**. Rio de Janeiro, 2010b. Disponível em: <<http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/tabuadevida/2009/notastecnicas.pdf>>. Acesso em: 17 jan. 2012.

proposital e periodicamente, para supostamente oxigenar as idéias e, dessa maneira, desligar os colaboradores de mais idade.

4.3.2 Raça

O Brasil é um país de grande diversidade de raças e etnias. Faz parte da agenda política nacional “O Plano Nacional de Promoção da Igualdade Racial”, que teve como principal referência a III Conferência Mundial Contra o Racismo, Discriminação Racial, Xenofobia e Intolerância Correlata, realizada em Durban, África do Sul, em 2001, paradigma do combate à discriminação racial.

Na Conferência Nacional de Promoção da Igualdade Racial, participaram da construção do plano da igualdade no Brasil: negros, indígenas, judeus, ciganos, árabes e palestinos. O relatório final concluiu que as desigualdades raciais em termos de trabalho devem ser enfrentadas através de políticas públicas, sendo o maior desafio a questão das diferenças salariais entre as raças.¹⁵⁶

O relatório exige que tais políticas públicas abranjam ações afirmativas que garantam igualdade racial e de gênero, tanto no setor público quanto no privado, referindo-se não somente a cotas, mas a ofertas de estágio, capacitação profissional e acesso a cargos de chefia.¹⁵⁷

De acordo com Santos, a discriminação racial é “uma negação de direitos e posições a alguém pelo simples fato de pertencer a um conjunto de indivíduos portadores de uma característica inata que os estigmatiza socialmente”¹⁵⁸. No Brasil, a raça mais discriminada em termos de acesso ao trabalho é a negra.

Dados do IBGE apontam uma taxa de desocupação, em 2009, de 10% da população negra e 9,1% da parda; enquanto a taxa para os brancos era de 7,3%. Quando se fala em diferença salarial, a pesquisa do Departamento Intersindical de Estatísticas e Estudos Socioeconômicos (DIEESE), em regiões metropolitanas (São Paulo, Belo Horizonte, Fortaleza, Porto Alegre, Salvador, Recife e Distrito Federal), aponta que o rendimento mensal

¹⁵⁶ BRASIL. Secretaria Especial de Políticas de Promoção da Igualdade Racial. Relatório Final da I Conferência Nacional de Promoção da Igualdade Racial. 2005. Disponível em: <<http://www.seppir.gov.br/publicacoes/conapirI.pdf>>. Acesso em: 10 jul.2012.

¹⁵⁷ Ibid.

¹⁵⁸ SANTOS, João Paulo de Faria. **Ações afirmativas e igualdade racial**: a contribuição do direito na construção de um país diverso. São Paulo: Edições Loyola, 2005, p. 43.

dos trabalhadores negros era de R\$ 761,00 em 2010 contra R\$ 1.038,00 para os brancos no mesmo período. Uma diferença de R\$ 277,00.¹⁵⁹

Dworkin, em “A Virtude Soberana”, apresenta diversos argumentos jurídicos favoráveis a ações afirmativas para negros nas universidades americanas através do sistema de cotas. Corroborando seu entendimento, apresenta estudo de campo elaborado por dois ex-reitores de universidades que, ultrapassando a seara da mera casualidade e dos fatos isolados, utilizaram ferramentas estatísticas para chegar a conclusões mais profundas sobre a eficácia das cotas em formar profissionais da raça negra nos Estados Unidos. Chegaram à conclusão de que as universidades mais exigentes tiveram êxito na formação de alunos pertencentes a grupos vulneráveis e que a tendência é que eles venham a ocupar cargos de liderança em toda a sociedade.¹⁶⁰

Embora o estudo apresentado não diga respeito à inserção no mercado de trabalho, observa-se que existirá um reflexo nas relações laborais advindas dessas ações. Afinal, com melhor qualificação profissional, aumentam as chances de emprego, embora, em muitos casos, persista a chaga da diferença salarial.

A avaliação da pertinência de ações afirmativas no mercado de trabalho para negros passa por sua particular crueldade. Nas palavras de Dworkin:

A discriminação racial expressa desprezo, e é profundamente injusto e prejudicial ser condenado pelas características naturais; a discriminação racial é, sobretudo, destruidora da vida de suas vítimas – não lhes rouba uma ou outra oportunidade que esteja acessível a outrem, mas os prejudica em quase todas as perspectivas e esperanças que possam imaginar. Em uma sociedade racista, as pessoas são de fato rejeitadas pelo que são e é, portanto, natural que as classificações raciais sejam encaradas como capazes de infligir um tipo de dano especial.¹⁶¹

Na pesquisa Perfil Social, Racial e de Gênero das 500 maiores empresas do Brasil e suas ações afirmativas, realizada pelo Instituto Ethos e pelo IBOPE, em 2005, uma das demonstrações de discriminação mais gritantes foi na participação da população negra e parda no quadro executivo das empresas brasileiras: apenas 3,4% dos executivos pertenciam às raça negra ou parda, o que demonstra a barreira social de acesso a cargos de poder para negros.

Desse modo, ante os indícios incontestes da existência de discriminação por raça no Brasil, entende-se que essa discriminação deva ser mais cuidadosamente estudada como possível alvo para ações afirmativas no mercado de trabalho, mais especificamente no que diz

¹⁵⁹BRASIL. Ministério do Trabalho e Emprego. **Anuário do Sistema Público de Emprego, Salário e Renda 2010/2011**: mercado de trabalho. 3. ed. São Paulo: Dieese, 2011, p.26,30 e50.

¹⁶⁰DWORKIN, Ronald. **A Virtude soberana**: a teoria e a prática da igualdade. São Paulo: Martins Fontes, 2011, p. 551-552.

¹⁶¹*Ibid.* p.577.

respeito à igualdade salarial e a funções ou cargos de chefia. Entretanto, ante a questão da profunda miscigenação racial que ocorre no país, não pode ser desconsiderada a dificuldade na implantação dessa ação no mundo dos fatos.

4.3.3 Gênero

A criação de um *discrimen* para um grupo de indivíduos que possuem uma característica similar é uma construção que acontece ao longo da história; assim, “entende-se por gênero o conjunto de normas, valores, costumes e práticas através das quais a diferença biológica entre homens e mulheres é culturalmente significada”¹⁶².

A discriminação contra a mulher é uma das mais facilmente comprovadas por meios estatísticos. Na última pesquisa nacional de empregos divulgada pelo IBGE, referente a dados de novembro de 2011, quando o emprego no Brasil estava em um de seus melhores níveis, a taxa de mulheres dentre as pessoas desocupadas era de 59,7% contra 40,3% dos homens¹⁶³. Isso ocorre apesar da maior escolaridade delas em relação a anos de estudo. De acordo com a síntese dos indicadores sociais do IBGE de 2010, as mulheres com 15 anos de idade ou mais possuem, em média 7,7 anos de estudo, enquanto os homens apenas 7,4¹⁶⁴.

Outro dado que merece análise é o da pesquisa perfil Social, Racial e de Gênero das 500 maiores empresas do Brasil e suas ações afirmativas, realizada pelo Instituto Ethos e pelo IBOPE, em 2005. Observou-se a participação da mulher em apenas 10,6% do quadro executivo das empresas brasileiras. Quanto mais alta a instância de poder, menos mulheres têm acesso aos cargos.¹⁶⁵

Note-se que a discriminação é bem clara; no entanto, há ainda um fator importante a ser debatido, o qual se consubstancia na própria legislação protetiva do trabalho da mulher, principalmente naquela vinculada à maternidade e à amamentação, constante do Capítulo III da Consolidação das Leis do Trabalho.

Tome-se como exemplo a licença gestante de 120 dias, podendo chegar a seis meses, prevista na Constituição Federal, que se configura em vantagem para a criança, uma

¹⁶²PINHO, Maria José Souza. Abordagens de gênero e educação: estratégia para a igualdade e liberdade. In: ENCONTRO DE PESQUISA EDUCACIONAL DO NORTE E NORDESTE, 2007, Maceió. **Anais...** Maceió, 2007, p. 54.

¹⁶³INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA, 2012.

¹⁶⁴INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. **Síntese dos indicadores sociais**. 2010d. Disponível em: <http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/condicao_devida/indicadores_minimos/sintese_indicadores_2010/SIS_2010.pdf>. Acesso em: 23 fev. 2012.

¹⁶⁵ IBOPE. pesquisa perfil Social, Racial e de Gênero das 500 maiores empresas do Brasil e suas ações afirmativas. 2005. Disponível em: <http://www1.ethos.org.br/EthosWeb/arquivo/0-A-eb4Perfil_2010.pdf>. Acesso em: 10 jul.2012.

vez que a mulher se ausentará do trabalho para se dedicar ao cuidado e à amamentação de seu filho nos primeiros meses de vida; entretanto que representa uma perda para o empregador. Afinal, apesar de se ressarcir através das contribuições para com o Instituto Nacional da Seguridade Social (INSS), a empresa deixará de contar com a força de trabalho e experiência daquela profissional por um período considerável. Além disso, o próprio período da gravidez pode impedir a realização de determinadas tarefas. Existe ainda norma de obrigação de prover os estabelecimentos em que trabalharemos pelo menos 30 (trinta) mulheres com mais de 16 (dezesseis) anos de idade de local apropriado onde seja permitido às empregadas guardar sob vigilância e assistência os seus filhos no período da amamentação. Tal obrigação pode ser substituída por um reembolso em dinheiro denominado auxílio creche, previsto na portaria 3296/86 do Ministério do Trabalho e Emprego.

Todas essas obrigações paralelas, que, reitera-se, são mais em benefício da criança e da sociedade do que da própria mulher, são vistas como custo para o empregador, o que certamente colabora para a discriminação de gênero.

Outrossim, há também uma forte relação quanto à diferença salarial, já acima mencionada, com os níveis de participação das mulheres em instâncias de política sindical. Ocorre que, por motivos de ordem cultural, esta participação acontece de maneira tímida.

Temos como pressuposto que, com o aumento do número de mulheres no mercado de trabalho, também por outro lado esse contingente deveria encontrar respaldo no sindicato de cada categoria, haja vista que o sindicalismo, principalmente no caso da CUT, tem propagado que o sindicato deve estar sintonizado com os anseios e necessidades da classe trabalhadora.

Assim investigamos a forma de inserção nesse espaço, majoritariamente masculino, tendo em vista as relações estabelecidas, não somente por ser um reduto masculino, mas pelas relações patriarcalistas criadas na sociedade, que direcionaram as funções domésticas como sendo exclusivas da mulher. Com isso, a inserção no mercado de trabalho e no meio político, torna-se mais oneroso para a mulher, já que traz “inerente” a si a dupla e tripla jornada de trabalho, sendo que na maioria das vezes é a mulher que fica encarregada das funções domésticas, e muitas vezes é destinada essa função a outro membro da família como irmã, os filhos ou a mãe.¹⁶⁶

No Ceará se tem um caso que ilustra muito bem esse reflexo da participação feminina na política sindical. A indústria da confecção arregimenta um grande contingente de trabalhadores do sexo feminino, enquanto a indústria da construção civil tem a grande maioria de seus integrantes do sexo masculino. Enquanto a indústria da confecção se pulveriza em uma série de sindicatos e possui níveis de piso salarial bastante próximo ao salário mínimo

¹⁶⁶CARVALHAL, Terezinha Brumatti. Gênero e trabalho: a participação da mulher nos sindicatos de Presidente Prudente São Paulo. *Revista Bibliográfica de Geografia y Ciencias Sociales*, Barcelona, v. 7, n. 416, 2002. Disponível em: <<http://www.ub.edu/geocrit/b3w-416.htm>>. Acesso em: 1 mar. 2012.

para a profissional costureira¹⁶⁷, a indústria da construção civil tem sindicato forte e consegue que o profissional¹⁶⁸ (pedreiro, almoxarife, carpinteiro) tenha salário de R\$ 880,00 (oitocentos e oitenta reais). Isso demonstra que a participação política em nível sindical traduz a capacidade de negociação de uma dada categoria profissional com seus empregadores. Sendo assim, as ações afirmativas relativas às mulheres não podem ficar adstritas a garantir postos de trabalho, ou talvez não sejam eficazes nesse modelo, pois as evidências vão no sentido de uma discriminação mais vinculada à questão do papel da mulher na sociedade patriarcal.

Culturalmente, ainda se deixa a cargo da mulher o cuidado com filhos e as tarefas domésticas, o que a leva ao fenômeno da dupla jornada de trabalho: a primeira em seu trabalho formal e a segunda em sua própria casa. A dupla jornada desgasta a trabalhadora e, por vezes, leva-a, por força das circunstâncias, a deixar o mercado de trabalho para se dedicar somente à família.

Agregam-se, portanto, como fatores de discriminação, a legislação protetiva à maternidade, a baixa participação política e a dupla jornada de trabalho. Sendo assim, talvez a adaptação da legislação de proteção à maternidade de forma menos onerosa ao empregador e o trabalho de conscientização para uma mudança de mentalidade sobre a divisão das tarefas domésticas e de educação dos filhos fossem medidas mais eficazes para neutralizar a discriminação por gênero no mercado de trabalho do que as ações afirmativas em si.

4.3.4 Homossexuais

Avaliar a existência de preconceito relacionado à orientação sexual, na sociedade de modo geral, é tarefa fácil. Basta observar as notícias em jornais e televisão que falam sobre violência e discriminação diariamente. O grupo *gay* da Bahia compilou a ocorrência de 260 assassinatos contra *gays*, lésbicas e travestis no ano de 2010. Infelizmente, o único dado confiável para aferir o preconceito é este relativo à violência. As pesquisas no mercado de trabalho não foram feitas por órgãos oficiais e, embora o IBGE tenha esboçado uma tentativa de identificar os dados relativos a uniões homoafetivas, observa-se que os dados são

¹⁶⁷Informações colhidas no sistema MEDIADOR de registro de convenções coletivas do Ministério do Trabalho e Emprego.

¹⁶⁸De acordo com a Convenção Coletiva de Trabalho 2011/2012, entre Sindicato dos Trabalhadores da Indústria da Construção Civil da Região Metropolitana de Fortaleza e Sindicato da Indústria da Construção Civil do Ceará (Registro no MTE:CE000526/2011), considera-se profissional: aquele empregado contratado para exercer funções especializadas, tais como: pedreiro, almoxarife, balanceiro, carpinteiro, ferreiro, armador, pintor, bombeiro, eletricitista, soldador, gesseiro, motorista, marceneiro, laboratorista, impermeabilizador, encarregado de setor de pessoal de obra, betoneiro, operador de betoneira auto carregável e operador de elevador de carga/passageiro.

subestimados, até porque alguns homossexuais não declaram abertamente sua orientação no momento da pesquisa.

Observa-se escassez de estudos científicos sobre o tema da diversidade sexual no mercado de trabalho. Até 1980 a literatura era praticamente inexistente e, a partir de então, iniciou-se a produção de estudos que chegaram a conclusões interessantes, como a de que a orientação sexual influenciaria na decisão da escolha profissional, existindo profissões amigáveis para os *gays*. O homossexual masculino seria ligado às funções tipicamente femininas como arte, decoração e beleza. Para outras profissões, no entanto, o acesso aos homossexuais é dificultado pela impressão errônea de que a orientação sexual possa ser ensinada ou imitada através do exemplo, como no caso das funções de babá e professor.¹⁶⁹

No exterior, estudos realizados na Inglaterra sugerem uma diferença salarial de 5% a menos para trabalhadores homossexuais¹⁷⁰. Outrossim, observam-se, em outros países, avanços no tocante ao combate ao preconceito. Como exemplo, tem a Carta de Direitos Fundamentais da União Européia, o primeiro documento de âmbito internacional que veta taxativamente a discriminação em razão da orientação sexual (art.21, alínea 1), levando vários de seus países membros a rever sua legislação interna.¹⁷¹

A insuficiência de dados precisos sobre a matéria impede um estudo sobre a pertinência de ações afirmativas atinentes à orientação sexual. Entretanto, é premente a punição exemplar e o pagamento de indenizações por parte de empregadores que discriminem o trabalhador por uma característica de feições eminentemente pessoais e que não interfere em sua capacidade produtiva.

4.3.5 Portadores de HIV

A epidemia de imunodeficiência adquirida se iniciou na década de 80 e perdura até hoje, sendo registrados 608.230 casos da doença já manifestados no Brasil. Em 2010

¹⁶⁹ALMEIDA, Thiago de; LOURENÇO; Maria Luiza; SILVA, José Airtton da. A Homofobia no Ambiente de Trabalho. *In*: JORNADA APOIAR: PROMOÇÃO DE VIDA E VULNERABILIDADE SOCIAL NA AMÉRICA LATINA: REFLEXÕES E PROPOSTAS, 7., 2010, São Paulo. **Anais...** Disponível em: <http://www.thiagodealmeida.com.br/site/files/pdf/A_homofobia_no_ambiente_de_trabalho.pdf>. Acesso em: 19 jan. 2012.

¹⁷⁰DRYDAKIS. Sexual orientation discrimination in the labour market. **Labour Economics**, v. 16, p. 366, 2009, p. 366.

¹⁷¹ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **Igualdade no trabalho**: um desafio contínuo. Relatório do director-geral. Relatório Global no quadro do seguimento da Declaração sobre os Princípios e Direitos Fundamentais no Trabalho. 2011. Disponível em: <<http://www.oitbrasil.org.br/content/igualdade-no-trabalho-um-desafio-cont% C3% ADnuo-relat% C3% B3rio-global-no-quadro-do-seguimento-da-declar>>. Acesso em: 14 jul.2012, p. 58.

foram notificados 34.218 casos. A faixa etária de maior incidência é dos 25 a 49 anos, correspondendo exatamente ao período mais produtivo do homem e da mulher.¹⁷²

A Convenção 111 da Organização Internacional do Trabalho e, na legislação nacional, a Lei nº. 9.029, de 13 de abril de 1995, proíbem a adoção de qualquer prática discriminatória e limitativa para efeito de acesso à relação de emprego ou à sua manutenção ao trabalhador por motivo de sexo, origem, raça, cor, estado civil, situação familiar ou idade.¹⁷³ Coadunado com esses dispositivos, a legislação brasileira vem progredindo no sentido de impedir a discriminação no acesso e manutenção, no posto de trabalho, do trabalhador com sorologia positiva para o HIV (vírus da imunodeficiência humana adquirida).

O primeiro avanço é no sentido da proibição de teste de detecção da sorologia HIV nos exames admissionais e periódicos. A Resolução nº 1.665 do Conselho Federal de Medicina, de 7 de maio de 2003, veda a realização compulsória de sorologia para o HIV.

Dessa forma, o Ministério do Trabalho e Emprego publicou em 28 de maio de 2010 a Portaria 1.246, que tem por objetivo orientar as empresas e os trabalhadores em relação à proibição de realizar de forma direta ou indireta testes com relação à sorologia para o HIV em seus trabalhadores. Saliente-se, no entanto, serem salutareas campanhas ou programas de prevenção da saúde, estimulando os trabalhadores a conhecer seu estado sorológico quanto ao HIV, através de orientações e exames comprovadamente voluntários, sem vínculo com a relação de trabalho e sempre resguardada a privacidade quanto ao conhecimento dos resultados.

O resguardo à privacidade do trabalhador quanto à realização do exame e o sigilo obrigatório de seu resultado são sistemas eficazes para evitar a discriminação do trabalhador com HIV, principalmente quando ele é apenas um portador assintomático.

Entretanto, quando já aparecem os primeiros sintomas que geram indícios ao empregador ou a outros empregados de que o trabalhador está com AIDS, ou mesmo quando o trabalhador voluntariamente revela sua condição, é possível que seja alvo de discriminação, causada, às vezes, pelo desconhecimento dos meios de transmissão da doença, ocasionando temor referente ao contágio. Em casos extremos como de uma extinção de contrato ou da não contratação em processo seletivo, motivada tão somente pela condição de ser portador da

¹⁷²BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria de Vigilância em Saúde. Departamento de DST, aids e hepatites virais. **Boletim Epidemiológico AIDS/DST**, ano 8, v. 1, 2011. Disponível em: <http://www.aids.gov.br/sites/default/files/anexos/publicacao/2011/50652/boletim_aids_2011_final_m_pdf_26659.pdf>. Acesso em: 9 jun. 2012.

¹⁷³O Programa Nacional de Direitos Humanos, decreto nº 7.037, de 22 de dezembro de 2009, fala de universalizar direitos em um contexto de desigualdade em seu eixo orientador III.

doença, o trabalhador deverá recorrer à justiça do trabalho, que tem se posicionado no sentido de garantir a reintegração do trabalhador ou mesmo a indenização por danos morais.

De certa forma, além da ofensa ao princípio da igualdade manifestada através da discriminação a esses trabalhadores, há ainda uma questão de saúde pública envolvida, pois o medo do estigma da AIDS cria barreiras para que o trabalhador tenha conhecimento de sua condição, dificultando o tratamento precoce da doença e até mesmo aumentando os índices de contaminação.¹⁷⁴

O combate à discriminação à pessoa com HIV, tanto em sua forma prévia, através da proibição da exigência de exame, quanto posterior, através de ações judiciais, somente estará completo com programas constantes de educação e saúde no trabalho que abordem o tema. A conscientização de trabalhadores e colegas de que a convivência no mesmo local não traz risco tornaria muito mais eficaz o combate ao preconceito do que qualquer lei ou ação afirmativa.

4.3.6 Obesos

De todos os grupos sociais identificados como vítimas de preconceito no momento do acesso ao mercado de trabalho, os obesos são os que têm menor capacidade de mobilização. Esta realidade talvez se deva ao fato de o próprio obeso acreditar ser responsável pelo preconceito que sofre, na medida em que, pelo menos teoricamente, bastaria seu esforço pessoal para uma dieta balanceada, conjugada a exercícios físicos para ter um peso saudável.

As pesquisas são escassas no Brasil, mas existe uma percepção forte de que ser gordo prejudica o acesso ao cargo e a sua manutenção. Pode-se mencionar pesquisa realizada pela Universidade de Michigan, nos Estados Unidos, por sinal o único país a possuir lei específica de combate à discriminação de pessoas com obesidade. Dos 81 empregadores ouvidos na pesquisa americana, 16% consideram a obesidade motivo suficiente para rechaçar um possível candidato a emprego, 44% afirmam que o motivo seria de ordem médica, pois o obeso estaria bem mais propenso a doenças cardíacas e outras complicações que acarretariam licenças ou faltas reiteradas. Executivos com 20 % a mais de excesso de peso chegam a ganhar até 4 mil dólares a menos por ano do que seus colegas de mesmo cargo que estão no peso ideal. Entre as mulheres, a diferença é ainda maior, chegando a 6700 dólares anuais, ou

¹⁷⁴Neste sentido Recomendação sobre o HIV e a AIDS no Mundo do Trabalho, realizada pela Conferência Geral da Organização Internacional do Trabalho, em sua 99ª sessão, realizada em 02 de junho de 2010.

seja, para as mulheres muito gordas, a diferença salarial em relação a uma mulher mais magra será de até 24 %¹⁷⁵.

No Brasil, em pesquisa realizada pelo site particular de empregos Catho Online, foram entrevistados 16.000 gerentes, dentre os quais 59% declararam possuir objeções para contratar candidatos acima do peso para emprego. Essa rejeição perde somente para a dos os fumantes (81,9%) e para a das pessoas que têm alta rotatividade em empregos (83%). Ademais, os obesos ganham menos a cada ponto no IMC – Índice de Massa Corpórea que incorporam, chegando a representar R\$ 92,00 a menos no salário em relação aos magros¹⁷⁶.

No momento, as políticas públicas voltadas para a questão da obesidade são no sentido de preservação da saúde do trabalhador. Considerando que é no meio ambiente laboral que se passa pelo menos 1/3 do dia e, muitas vezes, é onde o trabalhador se alimenta, seria a oportunidade ideal para campanhas que envolvam uma alimentação balanceada e a prática de atividade física regular como forma de evitar o sobrepeso e os problemas dele decorrentes.

Por outro lado, as louváveis iniciativas em nome da saúde não podem impedir que um trabalhador tenha acesso ao posto de trabalho. Desse modo, também o preconceito para com o trabalhador obeso deve ser combatido com a ajuda das instituições públicas, embora se entenda que as legislações com formato de ação afirmativa não sejam as mais eficazes para proteger este grupo vulnerável.

4.3.7 Pessoas com deficiência

O grupo em situação de vulnerabilidade que possui ação afirmativa para ingresso no mercado de trabalho mais consistente no Brasil são as pessoas com deficiência. Explicitamente protegidos contra discriminação na ordem constitucional de 1988, que no artigo sétimo já proíbe a discriminação no critério de admissão, também são agraciados com proteção adicional através dos tratados internacionais dos quais o Brasil faz parte, como a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, que entrou em vigor em 03 de

¹⁷⁵OLIVEIRA, Maurício. Minoria da pesada: pesquisa atesta preconceito contra obesos, que ganham menos e penam para arrumar emprego. *Veja on line*, edição 1676, nov. 2010. Disponível em: <http://veja.abril.com.br/221100/p_096.html>. Acesso em: 3 mar. 2012.

¹⁷⁶BARBOSA, Vanessa. Gordinhos na Berlinda: mais da metade dos executivos brasileiros tem algum tipo de objeção a contratar pessoas acima do peso. *Revista Exame*, 13 abril 2010. Disponível em: <<http://exame.abril.com.br/carreira/noticias/gordinhos-berlinda-548851?page=1>>. Acesso em: 3 mar. 2012.

maio de 2008, após aprovação com *quorum* qualificado, o que lhe confere o *status* constitucional definitivo vinculando toda a ordem infraconstitucional.¹⁷⁷

A pesquisa do IBGE, através do CENSO 2010, revelou 45,6 milhões de pessoas com algum tipo de deficiência no Brasil, correspondendo a 23,9% da população, sendo que dessas, 6,7% são portadoras de alguma deficiência severa, correspondendo a 12,7 milhões da população. Para informar o grau e o tipo de deficiência, foi aplicado questionário do IBGE em que se dividiram as deficiências em visual, auditiva, motora e mental, sendo que, para as três primeiras, havia perguntas para aferir o grau de severidade. Foram considerados portadores de deficiência severa aqueles que declararam possuir grande dificuldade ou não conseguir de modo algum utilizar a função deficiente e aqueles declarados deficientes mentais.¹⁷⁸

Entretanto, o relatório de resultados definitivos da RAIS – Relação Anual de Informações Sociais, ano base 2010, aponta que apenas 306 mil pessoas com deficiência possuem emprego formal no Brasil, o que corresponde a 0,7% dos vínculos empregatícios. Ressalte-se que, naquele ano, foram declarados 44,06 milhões de empregos formais.

Desses dados se infere o que se conceituou alhures como desemprego seletivo, uma vez que, de uma população que corresponde a 23,9% do total, apenas 0,7% conseguiu chegar a um posto de trabalho formal¹⁷⁹. Sendo assim, se for calculado o índice de desemprego somente para a pessoa com deficiência – embora sem valor científico, apenas a título de exercício de raciocínio, uma vez que considera todos os deficientes e não apenas os enquadrados dentro da população economicamente ativa, mas também aqueles que exercem atividade remunerada não-formal – tem-se um índice de 97,07% das pessoas com deficiência no Brasil desempregadas.

As dificuldades de colocação no mercado se vinculam a diversos fatores, dentre os quais podemos mencionar aquele que perpassa o universo da pessoa com deficiência não só

¹⁷⁷O status constitucional advém da Emenda Constitucional 45 que acrescentou o parágrafo 3º ao artigo 5º da Constituição Federal, determinando que os tratados e convenções internacionais que versem sobre direitos humanos aprovados mediante o *quorum* especial de três quintos em cada casa legislativa e por dois turnos, passam a equivaler a emendas constitucionais.

¹⁷⁸Segundo o IBGE, “A deficiência visual severa foi a que mais incidiu sobre a população: em 2010, 3,5% das pessoas declararam possuir grande dificuldade ou nenhuma capacidade de enxergar. Em seguida, apareceu a deficiência motora severa, atingindo, em 2010, 2,3% das pessoas. O percentual de pessoas que declararam possuir deficiência auditiva severa foi de 1,1% e o das que declararam ter deficiência mental foi de 1,4%”. Disponível em: <http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/censo2010/resultados_preliminares_amostra/default_resultados_preliminares_amostra.shtm>. Acesso em 22 fev.2012.

¹⁷⁹BRASIL. Ministério do Trabalho e Emprego. **Características do emprego formal segundo a Relação Anual de Informações Sociais – 2010**. 2010. Disponível em: <http://portal.mte.gov.br/data/files/8A7C812D2E7318C8012FE039D8AA15D9/resultado_2010.pdf>. Acesso em: 23 fev. 2012.

enquanto trabalhador, mas no exercício de sua cidadania como um todo: a falta de adaptação do ambiente para o acolhimento das pessoas com deficiência.¹⁸⁰

O primeiro passo seria a acessibilidade para todos. Tornando todos os ambientes adequados para cadeirantes, deficientes visuais, dentre outras pessoas com necessidades especiais, diminuir-se-ia a rejeição no momento da contratação de empregados. Afinal o ambiente, já estando pronto, não haveria a necessidade de custos com a adaptação das instalações para aquela pessoa, além de o trabalhador poder desenvolver com muito mais habilidade e desenvoltura suas tarefas.

Também é fator importante a falta de conhecimento e de adaptação do empresariado para com a condição da pessoa com deficiência. Esse desconhecimento tanto se manifesta na exigência de tarefas incompatíveis com a deficiência, como na convicção errônea de que o trabalhador não pode realizar praticamente nenhum tipo de tarefa sem colocar em risco sua saúde.

Como já existe ação afirmativa no Brasil que ampara o trabalhador com deficiência, serão detalhados os focos de preconceito e os mecanismos para a equalização desses focos em item específico. Cabe aqui somente despertar para a existência de discriminação.

Convém salientar que a discriminação não fica adstrita à iniciativa privada e ao sistema educacional. A família e a cultura influenciam de forma determinante o sucesso profissional da pessoa com deficiência. Se for criada para a pessoa, desde a infância, uma cultura de que ela é incapaz e dependente, provavelmente se estará criando um futuro beneficiário de assistência social no país. No entanto, quando considerada produtiva e estimulada a ultrapassar seus limites, a pessoa com deficiência pode se inserir no meio social e desempenhar tarefas de forma competente, provendo o próprio sustento e de sua família, como se observa em diversos exemplos de sucesso no país.

Toda essa questão cultural que permeia o acesso da pessoa com deficiência ao trabalho tem relação com a maneira como foi vista ao longo da história da humanidade, podendo-se até dizer que se trata de discriminação justificada pela compensação histórica, já analisada no capítulo dois.

De fato, observam-se quatro estágios na construção dos direitos humanos da pessoa com deficiência, como aferido por Piovesan¹⁸¹. Primeiramente houve a total

¹⁸⁰ Convém salientar que, devido à temática jurídica da pesquisa, não serão abordados os fatores de ordem psicológica, por vezes, determinantes para a baixa participação no mercado de trabalho de algumas categorias vulneráveis, tais como as pessoas com deficiência.

intolerância: a pessoa era considerada impura, um castigo dos deuses. Clássicos da Grécia antiga como Platão em *A República* propunham que “para os filhos dos indivíduos inferiores e mesmo os dos outros que possuam alguma deformidade, serão levados a paradeiro desconhecido e secreto”¹⁸². Há relatos de que a eliminação de crianças nascidas com deformidades era feita por abandono ou mesmo atirando-as da cadeia montanhosa de Tygetos, na Grécia. Na cidade grega de Esparta, exigia-se a perfeição dos guerreiros e as crianças, como futuros soldados, não poderiam crescer com qualquer deficiência.¹⁸³

Em um segundo momento, o papel da pessoa com deficiência era a invisibilidade. Era um problema que não precisava ser tratado, apenas escondido. Muitos dos milagres de Jesus Cristo, a que a Bíblia se refere, destinaram-se à cura de leprosos, cegos e de outras pessoas com enfermidades permanentes. A passagem “levanta-te e vem para o meio”¹⁸⁴, tema da Campanha da Fraternidade de 2006, traz a idéia de retirar a pessoa dessa invisibilidade.

Com a descrição dos milagres e curas a pessoa deficiente foi trazida para o centro das atenções. Os preceitos contidos na doutrina cristã, notadamente no novo testamento, que tratam do amor ao próximo, do acolhimento e da universalidade dos direitos humanos foram importantes passos para dar novo enfoque à pessoa com deficiência na sociedade.¹⁸⁵

O terceiro momento ainda ocorre e se imiscui com a nova perspectiva de inclusão trazida pelas ações afirmativas e, por vezes, coloca-se como empecilho para elas. Trata-se do assistencialismo – ainda muito vivenciado no Brasil – que considera o indivíduo como o portador de uma enfermidade que a medicina ainda não tem condições de curar e que o incapacita para participar da vida produtiva, sendo que deve receber a ajuda assistencial por parte tanto da sociedade quanto do Estado.

Por fim, a nova fórmula como a pessoa com deficiência se insere na sociedade passa pela criação de políticas de inclusão e a consideração de que a pessoa é produtiva e capaz, devendo a sociedade e o Estado criar as condições necessárias a seu pleno desenvolvimento. Afinal, com a mudança na feição do trabalho e com o avanço da tecnologia, não seria lógico para a sociedade da produção e do consumo desperdiçar a capacidade de

¹⁸¹ PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 223-224.

¹⁸² PLATÃO. **A República**. Tradução: Enrico Corvisieri. São Paulo: Nova Cultural, 1997, Livro IV em Diálogo com Glauco.

¹⁸³ GUGEL, Maria Aparecida. **Pessoas com deficiência e o Direito ao Trabalho**. Florianópolis: Obra Jurídica, 2007, p. 47.

¹⁸⁴ BÍBLIA. Português. São Paulo: Paulus, 2000, **Evangelho de Marcos**, capítulo 3, versículo 3.

¹⁸⁵ FERRAZ, Fernando Basto; ARAUJO, Elizabeth Alice Barbosa Silva de. O Conceito de pessoa com deficiência e seu impacto nas ações afirmativas brasileiras no mercado de trabalho. In: ENCONTRO NACIONAL DO CONSELHO NACIONAL DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO (CONPEDI), 19., 2010, Fortaleza. **Anais...** Florianópolis: Boiteaux, 2010. Disponível em: <<http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/fortaleza/3348.pdf>>. Acesso em: 5 mar. 2012.

produzir e consumir de mais de 20% da população. Ademais, a maioria das cartas constitucionais modernas aponta para o respeito à diferença e para a necessidade de se criar uma sociedade mais plural através do respeito aos direitos fundamentais das pessoas com deficiência.

A fase contemporânea reflete a necessidade de inclusão da pessoa com deficiência, não apenas por questões vinculadas a direitos humanos, mas também pela necessidade de inserir a todos no sistema produção e consumo. Quem deve se adaptar é a própria sociedade, por meio dos recursos tecnológicos existentes e da educação, para que sejam superadas as dificuldades de lidar com as diferenças e com qualquer pessoa que destoe dos padrões vigentes. Essa visão está explicitada na Convenção sobre os direitos das Pessoas com Deficiência da ONU.¹⁸⁶

Entretanto, o problema está na falta de efetividade dessas normas, pois o cumprimento dos preceitos constitucionais e de cartas internacionais depende da maneira como que a sociedade a assume e resignifica, ou seja, da questão do sentimento constitucional¹⁸⁷. A constituição, para ser completa e real, dever unir o entendimento de seus institutos à sua compreensão em nível emocional, trazendo, como diz Verdú, “o sentimento que adere ao conceito”¹⁸⁸.

Além do fundamento constitucional, mencionam-se os diversos diplomas internacionais que tratam da inclusão social da pessoa com deficiência, como a Convenção n.159 da Conferência Internacional do Trabalho, que trata da reabilitação profissional e do emprego de pessoas com deficiência; a Recomendação nº 168/83; o Repertório de Recomendações Práticas: Gestão de Questões Relativas à Deficiência no Local de Trabalho da Organização Internacional do Trabalho (OIT); a Declaração dos Direitos das Pessoas Portadoras de Deficiência e a Convenção Interamericana para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra as Pessoas Portadoras de Deficiência. Ainda há a farta legislação infraconstitucional no sentido de desfazer o preconceito, como a Lei 7.853/89, que trata de apoiar a pessoa com deficiência e de garantir o exercício do direito ao trabalho, e, nesta área, fala da adoção de legislação específica que trate de reserva de mercado, como a Lei nº 8.213/91, Decreto nº 3.298/99 e Decreto nº 5.296/2004.¹⁸⁹

¹⁸⁶ Neste sentido: FERRAZ; ARAUJO, 2010.

¹⁸⁷ PIOVESAN, 2009b, p. 300.

¹⁸⁸ VERDÚ, Pablo Lucas. **O Sentimento Constitucional**. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 74.

¹⁸⁹ Lei 7.853/89. Art. 2º Ao Poder Público e seus órgãos cabe assegurar às pessoas portadoras de deficiência o pleno exercício de seus direitos básicos, inclusive dos direitos à educação, à saúde, ao trabalho, ao lazer, à previdência social, ao amparo à infância e à maternidade, e de outros que, decorrentes da Constituição e das leis, propiciem seu bem-estar pessoal, social e econômico. [...] III - na área da formação profissional e do trabalho: a) o apoio

Existem diversas políticas públicas e privadas com vistas a combater a discriminação no mercado de trabalho, dentre elas, as ações afirmativas. No Brasil, as cotas para pessoas com deficiência são um dos mecanismos com maior visibilidade e que tem demonstrado eficácia no contexto social, como poderá ser aferido no último capítulo desta dissertação. Há previsão legal – tanto no serviço público quanto na iniciativa privada – de vagas para pessoas com deficiência em proporções pré-definidas e já aceitas de forma pacífica em entendimentos doutrinários e jurisprudenciais.

As leis atualmente em vigor são casos típicos de ações afirmativas, pois um determinado percentual ou número de vagas é reservado para pessoas que tiveram o acesso a determinados postos de trabalho cerceado em decorrência de preconceitos.

Dessa forma, serão estudados os mecanismos utilizados pelo Brasil para efetivar os temas constitucionais referentes à pessoa com deficiência e às suas garantias ao direito fundamental ao trabalho.

4.3.7.1 Reserva de vagas em Concursos Públicos

A reserva de vagas em concursos públicos para pessoas com deficiência tem previsão na Constituição Federal de 1988, em seu artigo 37, inciso VII, segundo o qual “a lei reservará percentual dos cargos e empregos públicos para as pessoas portadoras de deficiência e definirá os critérios de sua admissão”. Fica a cargo da legislação infraconstitucional a fixação do número de vagas reservado. No âmbito federal, a Lei 8.112/90 e o decreto que a regulamenta especificam o percentual de vagas.

Lei nº 8.112/90, Art. 5º:

§ 2º – Às pessoas portadoras de deficiência é assegurado o direito de se inscrever em concurso público para provimento de cargo cujas atribuições sejam compatíveis com a deficiência de que são portadoras; para tais pessoas serão reservadas até 20% (vinte por cento) das vagas oferecidas no concurso.

Decreto nº 3.298/99:

Art. 37 – Fica assegurado à pessoa portadora de deficiência o direito de se inscrever em concurso público, em igualdade de condições com os demais candidatos, para provimento de cargo cujas atribuições sejam compatíveis com a deficiência de que é portadora.

governamental à formação profissional e a garantia de acesso aos serviços concernentes, inclusive aos cursos regulares voltados à formação profissional; b) o empenho do Poder Público quanto ao surgimento e à manutenção de empregos, inclusive de tempo parcial, destinados às pessoas portadoras de deficiência, que não tenham acesso aos empregos comuns; c) a promoção de ações eficazes que propiciem a inserção, nos setores públicos e privado, de pessoas portadoras de deficiência; d) a adoção de legislação específica que discipline a reserva de mercado de trabalho, em favor das pessoas portadoras de deficiência, nas entidades da Administração Pública e do setor privado, e que regulamente a organização de oficinas e congêneres integradas ao mercado de trabalho, e a situação, nelas, das pessoas portadoras de deficiência.

§ 1º – O candidato portador de deficiência, em razão da necessária igualdade de condições, concorrerá a todas as vagas, sendo reservado no mínimo o percentual de cinco por cento em face da classificação obtida.

§ 2º – Caso a aplicação do percentual de que trata o parágrafo anterior resulte em número fracionado, este deverá ser elevado até o primeiro número inteiro subsequente.

Note-se que a regra obriga, em todo concurso público, a contratação de algum trabalhador com deficiência, já que, mesmo que o número não seja inteiro, deverá ser elevado ao número imediatamente superior. Inclusive, chegou aos tribunais a controvérsia do número fracionário inferior a 1 (um), o que já foi decidido em sede jurisprudencial.

ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. RESERVA DE VAGAS PARA PORTADORES DE DEFICIÊNCIA. ARTIGO 37, INCISO VIII, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. A exigência constitucional de reserva de vagas para portadores de deficiência em concurso público se impõe ainda que o percentual legalmente previsto seja inferior a um, hipótese em que a fração deve ser arredondada. Entendimento que garante a eficácia do artigo 37, inciso VIII, da Constituição Federal, que, caso contrário, restaria violado. Recurso extraordinário conhecido e provido.¹⁹⁰

Observa-se que o entendimento dos juízes é no sentido de preservar, da maneira mais eficaz possível, o que está previsto na Constituição. A realidade brasileira demonstra uma disputa acirrada nos cargos públicos, que, além da estabilidade, trazem, muitas vezes, salários superiores aos praticados na iniciativa privada. Tal nível de competitividade leva a inúmeras consultas ao judiciário, questionando o direito das pessoas com deficiência, bem como leva um número cada vez mais elevado de pessoas, com alguma particularidade física, a se declararem com deficiência, com o fito de se candidatar às vagas reservadas. Admitir a inscrição nas vagas para pessoa com deficiência deve ser ato realizado com cautela pela administração, para evitar que alguém que, de fato, não possua nenhuma dificuldade para ingressar no mercado de trabalho esteja de forma astuciosa visando a se beneficiar do instituto. Nesse momento, é preciso relembrar a natureza de ação afirmativa da lei, pois, se a peculiaridade encontrada não é suficientemente grave para que a pessoa sofra preconceito no acesso ao mercado de trabalho, não há porque ser considerada deficiente para fins de aprovação em concurso público.

Ainda na seara da administração pública, tem-se uma controvérsia quanto às vagas reservadas pelo *caput* do artigo 37, do Decreto 3298/99, na frase “cargos cujas atribuições sejam compatíveis com a deficiência de que é portador”. Como definir tal compatibilidade? A fundamentação para que se determine que uma pessoa com deficiência pode ou não exercer determinada função deve ser bastante segura e levar em consideração as

¹⁹⁰BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 227.299. Relator. Ministro Ilmar Galvão. Primeira Turma. **Diário da Justiça**, Brasília, 6 out. 2010.

habilidades pessoais, que nem sempre são conhecidas por um médico perito ou outro profissional em uma mera consulta ou através de exames padronizados, ou seja, via de regra, os exames admissionais para cargo público são executados por clínico geral ou outro especialista, muitas vezes não familiarizado com a deficiência apresentada, com a realidade e capacidade rotineiras do candidato para o trabalho e com as suas formas pessoais de superar a deficiência. A tendência do profissional, muitas vezes por excesso de cautela, é a desqualificação do candidato, o que leva a uma fragilidade da efetivação do preceito constitucional.¹⁹¹

Ocorre que a própria legislação referente ao funcionalismo público já traz a previsão de um período dedicado à avaliação de qualquer candidato, deficiente ou não, para exercer a contento a função para a qual foi selecionado, trata-se do estágio probatório. Segundo Fonseca, esse seria o momento ideal para aferir a capacidade laboral da pessoa com deficiência. Caso, no decorrer das atividades, observe-se realmente a incompatibilidade da deficiência com o desenvolvimento das tarefas a serem executadas naquela função, o portador da deficiência poderia ser desligado, pois ainda não seria servidor estável¹⁹².

Dessa forma, não se estaria negando a oportunidade à pessoa, que seria avaliada exatamente por quem pode aferir o resultado das tarefas executadas, no caso o chefe da repartição em que o servidor estaria lotado. Tal entendimento vem sendo corroborado em sede jurisprudencial, como se vê no julgado abaixo, em que candidata cega tinha sido considerada inapta para trabalhar em agência bancária:

MANDADO DE SEGURANÇA. ADMINISTRATIVO. CONCURSO. DEFICIENTE VISUAL. LEI Nº 7853/89 E DECRETO 3.298/99. APROVAÇÃO. POSSE. EXAME MÉDICO. ATIVIDADE EM AGÊNCIA BANCÁRIA. POSSIBILIDADE DE ASSALTO. Inviável a eliminação de candidata aprovada em concurso público para vaga reservada à pessoa portadora de deficiência, sob alegação de que a deficiência impede o exercício das atividades do cargo. O Decreto 3298 que regulamentou a Lei nº 7853 estabelece que a verificação da capacidade para o desempenho da função ocorre no estágio probatório. O fato de as agências bancárias sofrerem assaltos não impede o exercício de atividades de funcionária cega.¹⁹³

Infelizmente, o problema da efetivação do preceito constitucional do acesso ao trabalho da pessoa com deficiência ocorre até mesmo antes da realização da prova para o

¹⁹¹FERRAZ; ARAUJO, 2010.

¹⁹²FONSECA, Ricardo Tadeu Marques da. **O trabalho da pessoa com deficiência e a lapidação dos direitos humanos**: o direito do trabalho, uma ação afirmativa. São Paulo: LTr, 2006, p. 276.

¹⁹³BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho. 4ª região. Apelação em Mandado de Segurança: 77.555. Processo: 200171000156800/RS. Terceira Turma. Relatora: Ministra Maria de Fátima Freitas Labarrére. Paraná, 09/04/2002. DJU, p. 613, 2 maio 2002

certame. Existem barreiras de ordem arquitetônica e de comunicação que impedem à pessoa com deficiência concorrer em paridade de condições com os demais candidatos.¹⁹⁴

De certa forma, o poder público deveria ser o primeiro a dar exemplos de adaptação tanto de seu sistema de seleção quanto de seu ambiente laboral para o acolhimento da pessoa com deficiência. Os prédios devem ser suficientemente acessíveis para permitir ao cadeirante adentrar nos ambientes de prova, também a feitura de cadernos de prova em braile deve ser disponibilizada, bem como a existência de tradutores para linguagem de libras nas provas orais. Não se trata aqui de medidas trazidas por mera solidariedade humana, mas para o atendimento a preceitos constitucionais já regulamentados através da lei 10.098/2000 e do Decreto 5.296/2004, que tratam do tema. A acessibilidade para a realização de provas em concursos públicos decorre, dentre outros motivos, da garantia constitucional geral de acessibilidade, com a eliminação de barreiras arquitetônicas e de comunicação.¹⁹⁵

É importante salientar que, em nenhum momento, a Constituição ou a legislação infraconstitucional que trata da reserva de vagas para pessoas com deficiência fez menção a contratar profissionais não qualificados ou não preparados o suficiente para exercerem os cargos públicos em questão. Até porque seria contra os princípios da administração pública, notadamente a eficiência. O exercício de cargo público por pessoa com deficiência está vinculado à aprovação em concurso que demonstre a aptidão e o conhecimento técnico necessários para o desempenho da função, sendo esse o entendimento dos tribunais superiores, como no exemplo a seguir:

AGRAVO REGIMENTAL. MANDADO DE INJUNÇÃO. ILEGITIMIDADE PASSIVA DO PRESIDENTE DO SENADO FEDERAL SE A INICIATIVA DA LEI E DA ALÇADA PRIVATIVA DO PRESIDENTE DA REPÚBLICA (CF, ARTS. 37, VIII, E 61, PARAGRAFO 1, II, 'C'). CONCURSO PÚBLICO. CANDIDATA REPROVADA. A exigência de caráter geral, de aprovação em concurso, não pode ser afastada nem mesmo pela reserva de percentual dos cargos e empregos públicos para as pessoas portadoras de deficiência. (CF, ART. 37, II E VIII).¹⁹⁶

Sendo assim, há de se inferir que a ação afirmativa para inserção da pessoa com deficiência dentro do serviço público não traz prejuízo à administração. Primeiro porque o candidato aprovado já atestou ter o conhecimento técnico suficiente para o bom exercício do

¹⁹⁴FERRAZ; ARAUJO, 2010.

¹⁹⁵Ibid.

¹⁹⁶BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Pleno. **Agravo Regimental no Mandado de Injunção 153/DF**. Relator: Ministro Paulo Brossard. Brasília, 14/03/1990. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28pessoa+defici%EAncia+concurso+p%FAblico%29&base=base+Acordaos>>. Acesso em: 25 jan. 2012.

cargo através de concurso e, segundo, porque haverá o prazo do estágio probatório para que seja avaliado em sua capacidade prática de desempenho.

4.3.7.2 Cotas para a Iniciativa Privada

A ação afirmativa que se tornará alvo de estudo para aferição de sua eficácia, no trabalho aqui desenvolvido, é voltada para a iniciativa privada. Tal escolha se deu pelo interessante conflito de interesses gerado pelo duplice objetivo da empresa privada na ordem legal brasileira: o lucro e a função social. É também nesta seara que pode ser percebido, de forma mais contundente, o embate entre os princípios constitucionais, como o valor social do trabalho e a livre iniciativa.

Será agora apresentado o artigo 93, da lei 8.213/91 de 24 de julho de 1991 – Plano de Benefícios da Previdência Social, inserido em legislação eminentemente previdenciária, mas com repercussão real no âmbito do trabalho na forma de ação afirmativa:

Art. 93. A empresa com 100 (cem) ou mais empregados está obrigada a preencher de 2% (dois por cento) a 5% (cinco por cento) dos seus cargos com beneficiários reabilitados ou pessoas portadoras de deficiência, habilitadas, na seguinte proporção:

I - até 200 empregados.....	2%;
II - de 201 a 500.....	3%;
III - de 501 a 1.000.....	4%;
IV - de 1.001 em diante.	5%.

§ 1º A dispensa de trabalhador reabilitado ou de deficiente habilitado, ao final de contrato por prazo determinado de mais de 90 (noventa) dias, e a imotivada, no contrato por prazo indeterminado, só poderá ocorrer após a contratação de substituto de condição semelhante.

§ 2º O Ministério do Trabalho e da Previdência Social deverá gerar estatísticas sobre o total de empregados e as vagas preenchidas por reabilitados e deficientes habilitados, fornecendo-as, quando solicitadas, aos sindicatos ou entidades representativas dos empregados.

As empresas obrigadas a contratar pertencem a qualquer natureza, inclusive microempresas, optantes pelo simples e entidades sem fins lucrativos, sendo que, para existir a obrigação, deverá possuir mais do que 100 (cem) empregados.

Outro detalhe importante é o cálculo da cota, em que serão considerados todos os empregados da empresa no país e não de forma pulverizada em cada estabelecimento. Dessa maneira, um estabelecimento (ou filial) que possua apenas 10 empregados, mas que pertence à empresa que possua mais de 100 trabalhadores contratados, será considerado no total do cálculo da empresa da qual faz parte, embora não exista a obrigatoriedade de contratar um número proporcional para cada estabelecimento.¹⁹⁷

¹⁹⁷ Procedimento estabelecido pela Instrução Normativa MTE 20/2001, artigo 10, parágrafo 2º.

Quanto aos beneficiários da contratação, a definição já é bem mais complexa. Afinal, limitações existem em todos os seres humanos e a tarefa de estabelecer qual limitação se enquadra como deficiência está mais vinculada a barreiras impostas pelo ambiente físico e social do que ao órgão ou função humana afetada em si.¹⁹⁸

O conceito de pessoa com deficiência, revisitado em 2006 e presente na Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, traz como principal elemento definidor a ambiência, agregando, além do fator biológico, questões culturais e sociais da região onde vive a pessoa. Afinal, as políticas públicas a serem desenvolvidas para a completa integração da pessoa com deficiência passam pelo grau de preconceito que cada comunidade carrega, devendo os remédios jurídicos e institucionais ser dados em dose compatível com a dificuldade trazida pela deficiência em seu *habitat* social. É esse elemento do meio ambiente social e econômico, como agravante e definidor da deficiência, que trouxe a inovação no conceito abaixo transcrito¹⁹⁹.

Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência

Artigo 1º-: Pessoas com deficiência são aquelas que têm impedimentos de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, os quais, em interação com diversas barreiras, podem obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas.²⁰⁰

Tal definição, embora sensível e completa, torna-se por demais abrangente quando se trata de efetivar uma política pública tal como a da lei de cotas para pessoas com deficiência no Brasil. Há então o artigo 3º do Decreto n. 3.298/99, regulamentando esta aferição.

Art. 3º Para os efeitos deste Decreto, considera-se:

I – deficiência – toda perda ou anormalidade de uma estrutura ou função psicológica, fisiológica ou anatômica que gere incapacidade para o desempenho de atividade, dentro do padrão considerado normal para o ser humano;

II – deficiência permanente – aquela que ocorreu ou se estabilizou durante um período de tempo suficiente para não permitir recuperação ou ter probabilidade de que se altere, apesar de novos tratamentos; e

III – incapacidade – uma redução efetiva e acentuada da capacidade de integração social, com necessidade de equipamentos, adaptações, meios ou recursos especiais para que a pessoa portadora de deficiência possa receber ou transmitir informações necessárias ao seu bem-estar e ao desempenho de função ou atividade a ser exercida.

Observe-se que, além da pessoa com deficiência, o artigo 93 da Lei 8.213/91 também beneficia o trabalhador reabilitado, assim conceituado no mesmo decreto:

¹⁹⁸FERRAZ; ARAUJO, 2010.

¹⁹⁹PIOVESAN, 2009b, p. 302.

²⁰⁰Decreto 6.949, de 25 de agosto de 2009, aprova a Convenção Internacional dos Direitos da Pessoa com Deficiência.

Art.31. Entende-se por habilitação e reabilitação profissional o processo orientado a possibilitar que a pessoa portadora de deficiência, a partir da identificação de suas potencialidades laborativas, adquira o nível suficiente de desenvolvimento profissional para ingresso e reingresso no mercado de trabalho e participar da vida comunitária.

O objetivo da reabilitação é devolver o trabalhador ao posto de trabalho, tornando-o outra vez capaz de exercer sua função, ou capacitá-lo a desenvolver outra função, diferente da anterior, mas que seja mais adequada com o tipo de limitação a que está sujeito²⁰¹.

A condição de trabalhador reabilitado é atestada pelo Instituto Nacional de Previdência Social – INSS. Já a pessoa com deficiência para fins de contagem na cota obrigatória na iniciativa privada está definida no Decreto 3.298/99, alterado pelo Decreto 5.296/2004.

Em termos de cumprimento das obrigações trabalhistas, após contratado, mesmo que dentro do sistema de cotas, o trabalhador com deficiência ou o reabilitado não possui direitos ou vantagens diferentes dos demais trabalhadores. A exceção fica a cargo da jornada que poderá ser reduzida para fazer face a problemas com locomoção ou tratamentos médicos, sendo que o salário também pode ser proporcionalmente reduzido²⁰². Afinal, a ação afirmativa se presta apenas para quebrar preconceitos e possibilitar as adaptações ambientais necessárias, tanto em nível físico-arquitetônico quanto social, e não para criar um gueto de privilégios para um grupo de trabalhadores.

Quanto à suposta existência de estabilidade do trabalhador deficiente/reabilitado, observa-se que não se refere ao trabalhador *per se*, sendo irrelevante qual seja contratado; o objetivo é manter a cota cumprida e não determinado empregado, de forma a se criar mais um caso de estabilidade.

É importante salientar que o trabalhador com deficiência está sujeito a todas as medidas disciplinares previstas na Consolidação das Leis do Trabalho, dentre as quais a dispensa por justa causa.

Abaixo se colaciona exemplo de ementa que corrobora esse entendimento da necessidade de cumprimento percentual previsto pela lei 8.213/91, para que seja dispensado o empregado com deficiência sem justa causa:

DISPENSA. PORTADOR DE NECESSIDADES ESPECIAIS. NULIDADE. Nos termos do art. 93 da Lei 8.213/91, a empresa que contar com mais de 100 empregados somente poderá dispensar o trabalhador portador de necessidades

²⁰¹BRASIL. Ministério do Trabalho e Emprego. **A inclusão das pessoas com deficiência no mercado de trabalho**. Brasília, 2007, p. 22.

²⁰²Conforme artigo 35, parágrafo 2º, do Decreto 3.298/99.

especiais reabilitado, sem justa causa, se atender, de forma cumulativa, a dois requisitos, quais sejam, contar com um número de empregados habilitados ou deficientes habilitados pelo menos no limite do percentual estabelecido e admitir previamente à dispensa pretendida, outro empregado em condição semelhante. Evidenciado nos autos que o réu, à época da dispensa da autora, ainda não tinha preenchido a cota mínima de trabalhadores com necessidades especiais, certamente, não poderia proceder à dispensa de nenhum dos trabalhadores portadores de necessidade especial, caso da autora. Logo, correta a decisão de origem, a qual declarou nula a dispensa da obreira, eis que violado disposto no artigo 93 da Lei 8.213/91, determinando sua reintegração ao emprego.²⁰³

Restam acima demonstrados dois pontos importantes para o avanço nesta pesquisa: o primeiro, a conclusão de que as pessoas com deficiência são um grupo vulnerável no Brasil, e o segundo, a existência de uma ação afirmativa por força de lei, tentando afastar a discriminação para com esse grupo. A partir disso, analisar-se-á, no capítulo quatro, a eficácia desta lei em cumprir seu objetivo.

4.3.8 Jovens sem experiência profissional

O segundo grupo alvo de inserção compulsória no mercado de trabalho, cuja lei será julgada em sua eficácia, é o dos jovens sem experiência profissional.

A Organização Internacional do Trabalho divulga, periodicamente, boletins relativos à questão do desemprego entre jovens. No Relatório Tendências Globais do Emprego para a Juventude 2012, evidenciou-se que o desemprego entre os trabalhadores até 24 anos é quase 3 vezes maior do que o do restante da população. Entre adultos, o índice de desemprego em 2010 foi de 4,8% e, entre os jovens, chega a 12,6%. São 75 milhões de jovens desempregados no mundo.²⁰⁴

Dados no Brasil ainda são mais recentes e demonstram a mesma discrepância de empregabilidade. A taxa geral de desemprego, em maio de 2011, foi de 6,4%; mas, na faixa de idade entre 15 e 24 anos, chega a 17,8%.²⁰⁵

Observa-se que, pela disparidade dos dados apresentados, os jovens sem experiência profissional possuem dificuldade bem maior de obter um posto de trabalho ante os demais trabalhadores. Resta perquirir se tal diferença é suficiente para que o grupo seja considerado vulnerável; até porque o conceito escolhido para fins desta dissertação atrela a vulnerabilidade do grupo à categorização de uma política pública como ação afirmativa.

²⁰³BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho. 3ª Turma Recursal de Juiz de Fora. Recurso Ordinário n. 01187-2008-035-03-00-1. Relator: Desembargador Marcelo Lamego Pertence. **DJ**, Juiz de Fora, 24 mar. 2010.

²⁰⁴ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. Tendências Globais do Emprego para a Juventude. 2012.

²⁰⁵INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA, 2012.

4.3.8.1 A contratação compulsória de jovens aprendizes

A contratação de jovens aprendizes, por força dos mandamentos da Consolidação das Leis do Trabalho, geralmente não é estudada como uma ação afirmativa. Isso porque o jovem no Brasil, levando em consideração exclusiva sua pouca idade, não é considerado grupo vulnerável. Afinal, como já anteriormente mencionado no item 4.3.1, em que se tratou sobre o preconceito por idade avançada, o Brasil é um país que valoriza a juventude. Além disso, os casos de utilização da mão de obra infantil levam a crer que é fácil se chegar a um posto de trabalho enquanto se é jovem.

Ocorre que o fenômeno evidenciado nos dados de desemprego apresentados afasta o direito à oportunidade de parcela importante da população brasileira e, embora a detecção do mecanismo que provoca a desigualdade não tenha ficado claro, não se pode desconsiderar a contratação compulsórias de aprendizes uma ação afirmativa.

Nem sempre é possível identificar, dentre as mais diversas anomalias sociais, quais delas teriam origem ou não em discriminações e preconceitos. Assim, por vezes, as ações afirmativas seriam capazes de minorar ou mesmo eliminar diferenças sociais, sem que estas tenham tido por causa uma discriminação ou preconceito. De fato, há dificuldade em determinar ou estabelecer exatamente quais as razões que geraram determinadas mazelas sociais, pois, em determinados casos, as causas são outras ou mesmo várias, não se limitando apenas a tais circunstâncias.²⁰⁶

A relação entre desemprego e idade está fortemente conectada à questão da experiência profissional, entretanto seria uma conclusão infundada pensá-la como único fator²⁰⁷.

Na realidade, as razões dessas diferenças nos índices de contratação talvez tenham ligação muito maior com os custos de treinamento do que com a pouca idade do trabalhador. A exigência de qualificação profissional, aliada à prática empresarial de já encontrar um trabalhador pronto para a função no mercado, dificulta em muito o acesso dos jovens ao primeiro emprego.

Procurando criar um mecanismo de acesso que, concomitantemente com a experiência profissional, qualificasse o jovem do ponto de vista formal, foi instituída a aprendizagem, aqui considerada uma ação afirmativa voltada para os jovens sem qualificação profissional, e, embora não esteja claro na legislação específica, encaminhada na prática para os que estão em desvantagem social e econômica.

²⁰⁶BELLINTANI, 2006, p. 65-66.

²⁰⁷COSTANZI, Rogério Nagamine. **Trabalho decente e juventude no Brasil**. Brasília: Organização Internacional do Trabalho, 2009, p. 53.

...É dada ao jovem a oportunidade de aprender uma profissão e ter uma experiência formal, o que em muito facilita seu acesso a um posto de trabalho futuro.

...

Conforme mencionado anteriormente, a juventude não é considerada uma característica humana sujeita à discriminação, ao contrário, se vive em um país que cultua a juventude. Ocorre que, a cultura do empresariado brasileiro não é afeta a proporcionar profissionalização às suas próprias expensas. Mais prático e rápido é cooptar um profissional já qualificado e experiente no mercado de trabalho. Isto porque, os longos anos de desemprego levaram ao hábito de uma mão de obra farta e ávida para ocupar os postos de trabalho oferecidos.

A qualificação profissional geralmente é bancada pelo próprio profissional, ou pelo Estado, sem a cooperação da iniciativa privada. A proposta da Lei da Aprendizagem é exatamente a parceria entre o Estado, organizações não-governamentais e empresariado, em busca de melhor qualificação para seus trabalhadores. Percebe-se que esta é mais uma premência da contemporaneidade. O avanço tecnológico e científico exige profissionais cada vez mais qualificados.²⁰⁸

Desse modo, a modalidade de contratação compulsória na iniciativa privada, instituída pela lei da aprendizagem, será aqui considerada ação afirmativa, pois agrega os indícios estatísticos de preconceito, com sua vocação natural para captar jovens em condição de vulnerabilidade social.

4.3.8.2 Aprendizagem profissional

A aprendizagem profissional já estava prevista na Consolidação das Leis do Trabalho desde 1943. Em sua versão inaugural, restringia-se à exigência de contratar aprendizes para os estabelecimentos industriais. A atualização realizada através da lei 10.097, de 19 de dezembro de 2000, aumentou sua abrangência para as demais categorias econômicas e iniciou o processo de fiscalização sistemática pelo Ministério do Trabalho e Emprego, de modo a obrigar seu cumprimento.

A obrigatoriedade de contratação está esculpida no artigo 429 da Consolidação das Leis do Trabalho:

Art. 429 da CLT - Os estabelecimentos de qualquer natureza são obrigados a empregar e matricular nos cursos dos Serviços Nacionais de Aprendizagem número de aprendizes equivalente a cinco por cento, no mínimo, e quinze por cento, no máximo, dos trabalhadores existentes em cada estabelecimento, cujas funções demandem formação profissional. (Redação dada pela Lei nº 10.097, de 19.12.2000).

É importante informar algumas peculiaridades do contrato de trabalho do aprendiz, pois é contrato de emprego especial, obrigatoriamente por prazo determinado e nunca superior a 2 (dois) anos.

Através da lei 11.180, de 23 de setembro de 2005, ocorreu uma alteração na faixa etária da aprendizagem, que passou de 14 a 18 anos para 14 a 24 anos, o que

²⁰⁸ ARAUJO, 2011, v. 1.

proporcionou o aumento das contratações no setor industrial, onde os adolescentes até 18 anos não poderiam ser contratados por vedação legal de exposição a situações insalubres e perigosas. Estendendo a idade limite para 24 anos, deixou de se empregar a expressão “menor aprendiz” para se utilizar “jovem aprendiz” e estes teriam prioridade para situações como o trabalho noturno e trabalhos de natureza incompatível com o desenvolvimento físico, psíquico e moral do adolescente.²⁰⁹

O mais interessante é a simbiose entre o ensino metódico e a aprendizagem na prática, que permite ao aprendiz alcançar excelência em sua profissionalização: uma vez que se insere no mercado de trabalho, vivencia o espaço da empresa, tem a oportunidade de conviver com profissionais experientes e de aprender com eles, e, o que mais importa socialmente, conhece novos paradigmas em termos de profissionalização. Como o ensino e o grau de complexidade exigidos nas tarefas desenvolvidas aumentam gradativamente, findará por ser um profissional pronto para ingressar no mercado de forma competitiva e já com experiência registrada em Carteira de Trabalho e Previdência Social (CTPS).

4.3.8.2.1 Incentivos para as empresas contratantes

A lei da aprendizagem prevê alguns incentivos, que visam a desonerar os custos relativos à contratação de um jovem aprendiz na iniciativa privada, a começar pelo salário do aprendiz, que não está atrelado ao piso salarial da categoria profissional da qual irá fazer parte. Como não é um profissional completo, por estar em formação, o legislador achou conveniente que os benefícios alcançados através de lutas históricas por uma categoria profissional a estes não fossem estendidos. Sendo assim, todo direito que consta de Convenção Coletiva de Trabalho somente abrangerá os aprendizes, de forma obrigatória, quando o instrumento coletivo contiver cláusula específica que assim o determine. Óbvio que a empresa pode conceder, por liberalidade, benefícios como cesta básica, auxílio alimentação, ou mesmo o piso salarial da categoria.

Na prática, pelo menos no Ceará, onde ainda não foi registrado nenhum instrumento coletivo com extensão para os trabalhadores aprendizes²¹⁰, é pago ao aprendiz o salário mínimo proporcional à quantidade de horas trabalhadas. Ocorre que tal benefício se dilui quando existe também a obrigatoriedade de pagamento das horas em que o trabalhador aprendiz está no curso. Dependendo da carga horária praticada, determinada pela instituição

²⁰⁹ARAÚJO, 2011, v. 1.

²¹⁰Informações do sistema MEDIADOR do Ministério do Trabalho e Emprego. Disponível em: <http://www3.mte.gov.br/sistemas/mediador/>. Acesso em 09 jun.2012.

de ensino, o empregador pagará salário equivalente ao do trabalhador regular ao aprendiz, visto que sua mão de obra não estará disponível em toda a jornada.

Com relação ao Fundo de Garantia por Tempo de Serviço, sistema brasileiro de indenização em caso de despedida injusta, que é de 8% para os trabalhadores em geral, tem-se de apenas 2% para o aprendiz.

Ao analisar a eficácia da lei, um dos pontos a ser abordados versará sobre os custos de contratação do jovem e sobre um possível aumento nos benefícios oferecidos ao empregador como forma de incentivo ao cumprimento da cota.

Findas as considerações, passar-se-á agora à análise da eficácia das contratações compulsórias de pessoas com deficiência e de jovens aprendizes.

5 GRAU DE EFICÁCIA DAS NORMAS DE AÇÕES AFIRMATIVAS NO MERCADO DE TRABALHO - PESQUISA DE CAMPO

A pesquisa aqui realizada tem como ápice o estudo do comportamento da realidade frente à intervenção pretendida pelo direito. Toda a construção realizada sobre as ações afirmativas, por envolver vários princípios constitucionais, necessita de uma avaliação que determine seu alcance no mundo dos fatos. É necessário perquirir se os sacrifícios feitos a outros princípios constitucionais trouxeram benefícios que os justifiquem.

Neste ponto da pesquisa, colocar-se-á à prova as duas leis escolhidas para alvo de estudo, principalmente, para observar se conseguiram atingir seu objetivo primário: erradicar ou, pelo menos minimizar, o preconceito para com os grupos pesquisados, garantindo a concretização do princípio constitucional do valor social do trabalho.

O mecanismo jurídico escolhido para concatenar tal aferição é a eficácia, por sua especial aplicabilidade no contexto contemporâneo. O critério será, primeiramente, justificado e apresentado, para depois ser empiricamente aplicado.

5.1 As diversas concepções de eficácia

Não há um consenso na definição desse termo utilizado na Teoria do Direito. Aqui se verão uma série de entendimentos sobre o que seja eficácia, desdobramentos e simplificações. Convém realizar agora uma explanação do conceito de eficácia para alguns autores, o que serviu de referência para esta investigação. Ao final, definir-se-á uma linha conceitual que melhor se encaixe nesta pesquisa e na realidade contemporânea.

Bobbio vê a eficácia como o problema da norma ser seguida ou não por seus destinatários e/ou ser imposta através de meios coercitivos pela autoridade competente. Observa que as normas mais eficazes são aquelas seguidas de forma espontânea, outras são seguidas por meio de coação e outras são violadas sem sequer ocorrer coação, sendo as mais ineficazes. Existe então uma gradação na eficácia, diferentemente do critério da validade, muito mais seguro, uma vez que a norma é ou não é válida. Seria a eficácia o problema fenomenológico do direito afeto à sociologia jurídica.²¹¹

O problema da eficácia nos leva ao terreno da aplicação das normas jurídicas, que é o terreno dos comportamentos efetivos dos homens que vivem em sociedade, dos seus interesses contrastantes, das ações e reações frente à autoridade, dando lugar a

²¹¹BOBBIO, Norberto. **Teoria da norma jurídica**. Tradução de Fernando Pavan Batista e Ariani Bueno Sudatti. 4. ed. rev. São Paulo: Edipro, 2008, p. 48.

investigações em torno da vida do direito, na sua origem, no seu desenvolvimento, na sua modificação, investigações estas que normalmente são conexas a indagações de caráter histórico e sociológico...²¹²

Também Machado vê a eficácia como “o efeito da norma do mundo dos fatos, situando-se, portanto, no plano da concreção jurídica. A norma pode ser eficaz porque é espontaneamente observada e pode ser eficaz porque é aplicada”²¹³. Já Miranda, em seu *Tratado de Direito Civil*, difere eficácia da lei de eficácia do fato jurídico: a primeira seria a incidência da lei, já a segunda se irradia, sendo uma consequência dessa incidência. A eficácia jurídica seria a jurisdicalização dos fatos, que se dá através da incidência da regra jurídica²¹⁴.

Reale, em sua teoria tridimensional do direito, considera e descreve a eficácia como regra jurídica no momento da conduta humana, quando o direito seria vivido e reconhecido e, a partir desse reconhecimento, seria incorporado ao agir da sociedade²¹⁵.

Ao estudar a eficácia dos direitos fundamentais, Sarlet opta por deixar clara a distinção entre eficácia jurídica e eficácia real. A eficácia jurídica diria respeito à aplicabilidade da norma no mundo dos fatos, com sua capacidade de produzir efeitos jurídicos, ou seja, sua possibilidade de aplicação. É a aptidão da norma juridicamente existente ou vigente de aplicar-se a casos concretos e, portanto, gerar efeitos em nível jurídico. Já a eficácia social se confundiria com a efetividade, que é a realização do direito desempenhando sua função social, abrangendo tanto a aplicação da norma quanto o resultado decorrente desta aplicação.²¹⁶

Para Bittar, o Positivismo e sua exacerbação da validade como instância de justificação do direito não cabem mais em uma sociedade permeada de problemas eficaciais. A dimensão do ser seria muito mais importante do que a instância do dever-ser na contemporaneidade. Sendo assim, a partir do final do século XX, a investigação científica no direito se volta para a questão da eficácia.²¹⁷

Concorda-se com a posição exarada tanto por Bobbio quanto por Bittar, no sentido da possibilidade de existência de uma norma eficaz que não seja válida e de uma norma válida que não seja eficaz; porém Bittar retira a discussão do ponto de vista teórico, adentrando para a problemática de suas consequências na realidade, seja esta social, política ou econômica em que, “na carência da eficácia da legislação, todo um novo arranjo de forças

²¹²BOBBIO, 2008, p. 51-52.

²¹³MACHADO, Hugo de Brito. **Introdução ao estudo do Direito**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2004, p.98.

²¹⁴MIRANDA. Pontes de. **Tratado de Direito Privado**. Atualizado por Wilson Rodrigues Alves. Campinas: Bookseller, 1999. Tomo I, p. 63.

²¹⁵REALE, Miguel. **Lições preliminares de Direito**, 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2001, p.114.

²¹⁶SARLET, 2009, p. 237.

²¹⁷BITTAR, 2009, p. 188-189.

sociais se fortalece no sentido de criar um outro sentido para a vida social, que acaba tomando a conformação de um Estado de natureza hobbesiano”²¹⁸.

A mais interessante vertente da eficácia para fins deste trabalho e que, portanto, será a utilizada, foi a produzida por Ferraz Júnior. Para o autor, a eficácia é a capacidade de produzir efeitos da norma, e esta é dependente de requisitos de ordem teórica e prática. Do ponto de vista prático, ela é socialmente eficaz quando encontra, no seio da sociedade, os requisitos fáticos para sua observância. Para o autor, a condição de ineficácia não afeta a validade de uma norma, já que:

A eficácia social ou efetividade de uma norma não se confunde, porém, com sua observância. A obediência é um critério importante para o reconhecimento da efetividade, mas esta não se reduz à obediência. Existem exemplos de normas que nunca chegam a ser obedecidas e, não obstante isso, podem ser consideradas socialmente eficazes. São normas que estatuem prescrições reclamadas ideologicamente pela sociedade, mas que, se efetivamente aplicadas, produziriam um insuportável tumulto social. Sua eficácia está, por assim dizer, em não serem obedecidas e, apesar disso, produzirem o efeito de uma satisfação ideológica.²¹⁹

Há também os requisitos técnicos para que uma norma seja eficaz; como exemplo, tem-se a necessidade de regulamentação posterior de algumas delas. Ausente a norma que a complementa ou regulamenta, a primeira torna-se ineficaz. A eficácia, no sentido técnico, seria a aptidão para produzir efeitos²²⁰.

Devido à multiplicidade de enfoques da eficácia de uma norma e à contribuição de diversos autores para sua construção, observa-se que não se trata de um conceito estanque, adaptando-se ao contexto contemporâneo.

5.1.1 Critério da eficácia na contemporaneidade

A eficácia não é critério novo, sempre existiu e foi considerada dentro da teoria do direito. O que se observa é a sua preponderância perante outros critérios na contemporaneidade. Não que se apresente aqui mais uma teoria reducionista²²¹, que não considere os demais âmbitos da norma, é apenas uma questão de foco e este foco na eficácia fatalmente irá repercutir na maneira com que a sociedade e o próprio judiciário concebem o direito.

²¹⁸BITTAR, 2009, p. 191.

²¹⁹FERRAZ, Tércio Sampaio Ferraz Jr. **Introdução ao estudo do Direito**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1994. p.198.

²²⁰*Ibid.*, p. 199.

²²¹Sobre as teorias reducionistas ler em Norberto Bobbio quando trata do excessivo valor dado à validade nas teorias positivistas. BOBBIO, 2008.

No item 3.3 já foram definidas as causas e características do contexto contemporâneo que mais influenciam em questões jurídicas. Tratou-se da questão exposta por Lyotard sobre o fim das verdades absolutas, sejam as impostas por questões religiosas, sejam aquelas advindas da razão²²². A falta deste apoio na grande verdade leva a uma constante sensação de insegurança que se reflete na realidade jurídica.

Esta sensação, no entanto, é aparente, pois o que ocorre é uma necessidade de adaptação dos conceitos a cada contexto social e a cada caso concreto. A percepção de tal fragmentação da verdade, dentro da realidade jurídica, se evidencia na consideração cada vez maior dos princípios, e na utilização de métodos hermenêuticos para sua compatibilização, que apenas irão funcionar dentro do contexto de um caso concreto. Como exemplo mencionamos o método da proporcionalidade, apresentado no capítulo primeiro.

Foi demonstrado também que, embora as soluções cada vez mais se adaptem a contextos específicos, há a constante interferência de um contexto sobre outro. Tal fenômeno é amplamente denominado globalização e evidencia que os sistemas são abertos e mutáveis, através da influência de outras realidades. Esta influência é alavancada por facilidades tecnológicas e de mobilidade que outrora não existiam.²²³

Também o direito se mostra passível de influências e cada vez se torna mais comum a importação de soluções trazidas de outros ordenamentos jurídicos para uma realidade diversa. Nesse ponto se mostra fundamental a apreciação científica dos fenômenos jurídicos dentro do critério da eficácia, de modo a evitar que se copiem modelos inapropriados para a realidade nacional em nome da globalização.

Dessa maneira, é imprescindível para o direito contemporâneo a utilização de critérios avaliativos, principalmente quando se importam legislações ou ideias que possuem caráter de mudança na realidade social, tais como as ações afirmativas.

5.1.2 Eficácia e função eficaz

O grau de eficácia poderá ser aferido de acordo com suas funções eficaciais. Tércio Sampaio Ferraz Júnior relaciona como funções eficaciais: o bloqueio das condutas indesejáveis, que denomina função de bloqueio; a realização de um objetivo, que denomina função de programa; e a realização de um comportamento, que chama função de resguardo, por buscar uma conduta desejada. Menciona ainda a concretização da função eficaz,

²²²LYOTARD, 1984.

²²³ARAÚJO, 2011, v. 1.

classificando-a em imediata, quando não necessita de outra norma; limitada, quando necessita de outra norma para se realizar; ou de contida, quando é plena enquanto não vier norma que a restrinja²²⁴.

Para que melhor se compreenda o conceito de eficácia, principalmente em sua oposição à validade, será trazido um exemplo geral: a realidade do Rio de Janeiro ou de qualquer outro grande centro urbano, onde exista a figura do crime organizado. Nesse contexto, observa-se a existência de um ordenamento não válido trazido por organizações criminosas, muitas vezes ligadas ao tráfico de entorpecentes. Infelizmente não se pode negar que tal ordenamento seja eficaz no sentido de alcançar os objetivos criminosos a que se propõem, ou seja, ele se presta às funções para as quais a norma passou a existir, mesmo que essa função seja o enriquecimento da marginalidade.

Por outro lado, temos as normas jurídicas emanadas do Estado, plenamente válidas, porém ineficazes nas mesmas comunidades acima mencionadas. Dessa forma, a grande questão do direito já não é mais a validade e sim a eficácia e sua função. Quanto à questão da justiça, outra vertente na tríade clássica da teoria do direito, não se avançará em sua análise; primeiro, em face de sua extrema complexidade e, depois, por fugir aos objetivos a que se presta tal dissertação.

Bobbio afirma que, no estudo da Teoria Geral do Direito, nos últimos cinquenta anos, a abordagem estruturalista prevaleceu sobre a funcionalista²²⁵. O que aqui se defende é a utilização do conceito de eficácia, com o estudo das suas vertentes técnica, prática e social, a última com a observação da funcionalidade da norma.

O relevo adquirido pela eficácia da norma se dá porque também houve uma mudança de paradigma quanto à função do ordenamento como um todo. Bobbio, na obra *Da Estrutura à Função*, delineia dois tipos de funções do ordenamento jurídico: a protetiva-repressiva e a promocional.

Em outras palavras, é possível distinguir, de modo útil, um ordenamento protetivo-repressivo de um promocional com a afirmação de que, ao primeiro, interessam, sobretudo, os comportamentos socialmente não desejados, sendo seu fim precípua impedir o máximo possível a sua prática; ao segundo, interessam, principalmente, os comportamentos socialmente desejáveis, sendo seu fim levar a realização destes até mesmo aos recalcitrantes.²²⁶

A ênfase na eficácia e em suas funções é a única saída para a manutenção do direito nos moldes que conhecemos. Para Bittar, a crise da eficácia que ocorre na

²²⁴FERRAZ, 1994, p. 200.

²²⁵BOBBIO, Norberto. **Da estrutura à função**: novos estudos de teoria do direito. Tradução Daniela Beccaccia Versiani. Barueri: Manole. 2007, p. 54.

²²⁶*Ibid.*, p. 15.

contemporaneidade não se atém à norma, mas a todo o sistema jurídico, que se mostra “incapaz de responder às necessidades sociais”²²⁷, sendo assim:

A crise aqui é vista como um problema estrutural, capaz de abalar os próprios fundamentos do direito vigente, ou mesmo, capaz de significar a desrazão de toda a arquitetura jurídica projetada para sua aplicação sobre a realidade social. Quando o sistema jurídico não está permeável para absorver identidades, mas apenas testemunha sua ampla defasagem em face dos avanços tecnológicos, reconhecendo a impossibilidade de atender a tantos e tão conflituosos fluxos divergentes de interesses, torna-se inábil para cumprir sua fundamental meta de pacificação do convívio social e de mediação regulamentada dos interesses sociais (convergente e divergentes).²²⁸

Desta feita, deve-se cuidar para analisar todo o sistema do ponto de vista eficaz/funcional, a começar por cada norma jurídica. O estudioso do Direito, seus operadores e o próprio Legislativo não podem perder de vista a perspectiva eficaz de cada norma e de todo o sistema.

Por essas razões, optou-se pela abordagem eficaz, até porque se coaduna de forma perfeita em um estudo sobre normas que procuram, intencionalmente, modificar a realidade social, tais como as ações afirmativas.

5.1.3 Delimitação dos requisitos de eficácia

Considerada a eficácia como o adjetivo da funcionalidade de uma norma, ter-se-á por tarefa apreciar seus enfoques ou requisitos. Estes, baseados nas teorias aqui apresentadas, são de ordem de técnica legislativa, de recursos factíveis e de aderência à realidade social.²²⁹

5.1.3.1 Eficácia jurídica

A ordem de técnica legislativa é aquela da capacidade jurídica de incidência da norma. É a norma constitucional ou infraconstitucional que precisa de regulamentação posterior para ser aplicada, seja essa regulamentação através de outra norma legislativa ou administrativa²³⁰. Também se refere a contrasensos e dificuldades criadas pelo próprio sistema normativo. É um problema afeto exclusivamente ao Estado produtor da norma, mas que impede ou dificulta a sua aplicação.

²²⁷BITTAR, 2009, p. 212.

²²⁸*Ibid.*, p.212.

²²⁹FERRAZ, 1994, p,198-199.

²³⁰ARAÚJO, 2011, v. 1.

Refere-se a dificultar; lembrando que há normas, principalmente em nível de Constituição, que, embora não tenham sido regulamentadas, conforme preceituado no dispositivo legal, são aplicadas por força de entendimentos doutrinários e jurisprudenciais. Como exemplo se pode mencionar o exercício do direito de greve pelos funcionários públicos. Embora se exigisse a regulamentação, em esta não ocorrendo, decidiu o Supremo Tribunal Federal pelo exercício imediato desse direito, utilizando, precariamente, a regulamentação do direito de greve dos trabalhadores em geral²³¹.

5.1.3.2 Eficácia logística

Como segundo enfoque, tem-se a ordem dos recursos no mundo dos fatos: a questão logística. Refere-se às condições de ordem prática que permitem a aplicação da norma. Nesse ponto, há numerosos exemplos na aplicação das leis da aprendizagem e de inserção de pessoas com deficiência. Trata-se dos fatores que envolvem maior participação do Estado, tanto na aplicação de recursos quanto na questão organizacional. Observar-se-á que falhas na ordem logística podem prejudicar, ou mesmo inviabilizar, o objetivo almejado ao se idealizar a norma.

5.1.3.3 Eficácia social

Também denominada efetividade, a eficácia social é a mais influente no contexto contemporâneo. Visa a aferir o alcance dos objetivos sociais a que a norma se propõe. Importante salientar que a eficácia social não se confunde com a justiça, apenas com a produção dos resultados pretendidos, sejam eles justos ou não.

Bittar utilizou a expressão de que “algumas normas pegam e outras não pegam”²³², no sentido de que algumas normas produzem os efeitos sociais a que se propuseram e outras não, ou mesmo que alguns são obedecidas e outras, simplesmente, esquecidas. Para fins desta dissertação, utilizaremos a eficácia social para aferir se a função social da norma foi cumprida, pois o simples cumprimento da obrigação, que não chegue a produzir efeitos em termos de mudança na realidade, não atende ao requisito da eficácia nesta modalidade.

²³¹MARQUES DE LIMA, 2009.

²³²BITTAR, 2009, p. 208.

Chega-se ao ponto alto da presente análise, em que serão consideradas as leis da aprendizagem e da inserção de pessoa com deficiência, relacionando os requisitos da eficácia aqui mencionados. Para este exercício de técnica jurídica, foram utilizados mecanismos como a realização de pesquisa de campo, cuja metodologia será a seguir demonstrada.

5.2 Apresentação da Pesquisa de Campo e sua metodologia

A pesquisa jurídica de campo foi realizada com o fito de responder à problematização presente no projeto de pesquisa qualificado, que não poderia ser esclarecida com a utilização exclusiva de pesquisas bibliográfica e documental.

Tais questionamentos, de caráter qualitativo, buscavam a opinião dos gestores de empresas privadas sobre as ações referentes à contratação compulsória de pessoas com deficiência e de jovens aprendizes, relativa aos questionamentos:

- a) As ações afirmativas brasileiras no mercado de trabalho, para a inserção de pessoas com deficiência e de jovens aprendizes são eficazes no sentido de concretização do direito fundamental ao trabalho?
- b) Foram provocadas mudanças sociais na aceitação dessas pessoas nas empresas brasileiras após a criação das leis de cotas?

Os dados da pesquisa são de natureza subjetiva, pois perquirem opiniões e atitudes; o grau de generalização dos resultados é por amostragem, também chamada de não-probabilística ou aleatória; quanto às técnicas de observação, é direta extensiva, feita através de questionário²³³.

O principal instrumento utilizado foi o questionário, elaborado com base nos questionamentos gerais do projeto de pesquisa mencionado e objetivando extrair dos dados coletados indícios de eficácia das ações estudadas.

Como o universo de pessoas a serem pesquisadas é extenso, tornando quase impossível uma pesquisa que o abranja por completo, utilizou-se a técnica da amostragem, na qual se procura pesquisar uma parcela, convenientemente selecionada do universo²³⁴.

Estudar-se-á, em última análise, os fatores que influenciam a contratação de grupos vulneráveis; dessa forma, o universo pesquisado abrange as pessoas responsáveis pela

²³³ LAKATOS, Eva Maria; MARCONI, Marina de Andrade. Metodologia do Trabalho Científico. 4. Ed. São Paulo: Atlas, 1992, p. 107.

²³⁴ *Ibid.*, p. 108.

contratação e acompanhamento dos trabalhadores com deficiência e dos jovens aprendizes em empresas privadas. Sendo assim, a amostra foi selecionada dentro do universo das empresas que ou contrataram ou estavam em vias de contratar pessoas com deficiência e jovens aprendizes, e o questionário aplicado junto aos responsáveis por essa contratação.

A aplicação foi aleatória e realizada em empresas que ou estavam sob fiscalização ou já haviam sido fiscalizadas pelo Ministério do Trabalho e Emprego, por meio da Superintendência Regional do Trabalho no Estado do Ceará.

Convém fazer uma advertência preliminar referente, principalmente, ao caráter exploratório deste estudo. No planejamento da pesquisa e em seu decorrer, já se verificou que esta serviria apenas como uma sinalização da eficácia das leis estudadas. Isso devido a limitações inerentes a um projeto realizado por um único pesquisador e às características de uma pesquisa de campo no âmbito jurídico.

Não foi intenção dar respostas definitivas ou estender as conclusões a que se chegue ao universo das empresas cearenses ou brasileiras, até porque a amostragem pesquisada não é significativa dentro de critérios científicos.

Há, entretanto, o mérito de lançar os primeiros indícios para uma investigação mais profunda, que poderá até ser desenvolvida posteriormente por órgãos oficiais como o próprio Ministério do Trabalho e Emprego.

Foram pesquisadas – através de questionários desenvolvidos²³⁵, anexos I e II – 45 (quarenta e cinco) empresas no Município de Fortaleza, que estavam sob fiscalização ou haviam sido fiscalizadas recentemente para a contratação de jovens aprendizes e 28 (vinte e oito) empresas na mesma situação com relação à contratação de pessoas com deficiência.

Justifica-se o número menor de entrevistados contratantes de pessoas com deficiência, devido à peculiaridade de somente serem obrigadas a cumprir tal cota as empresas com mais de 100 (cem) empregados, o que restringiu a amostragem.

A seguir, foi realizada a tabulação dos dados, cujos resultados consolidados serão alvo de análise para auxiliar o estudo da eficácia das leis da aprendizagem e de inserção compulsória de pessoas com deficiência no mercado de trabalho.

Conforme se observará no desenvolvimento deste estudo, os resultados do questionário não serão os únicos fatores a serem considerados na investigação das eficácias jurídica, logística e social das leis estudadas, sendo também utilizados resultados de pesquisas bibliográfica e documental.

²³⁵ A elaboração do relatório foi feita sob a orientação da Professora Doutora Eveline Barbosa Silva Carvalho, da Universidade Federal do Ceará, ex-diretora do Instituto de Pesquisas Econômicas do Estado do Ceará (IPECE).

5.3 Estudo da Eficácia da Lei da Aprendizagem

A legislação já apresentada no capítulo terceiro, relativa à contratação compulsória de jovens aprendizes, será aqui analisada enquanto ação afirmativa. Considerar-se-á seu objetivo a erradicação do preconceito no mercado de trabalho para com jovens sem experiência profissional, considerada categoria vulnerável, como se depreende do capítulo segundo desta dissertação.

Com base na legislação pertinente e no questionário aplicado, proceder-se-á a análise da legislação, colocando-a à prova em suas eficácias jurídica, logística e social, para, ao final, concluir-se sobre sua eficácia geral.

5.3.1 Detalhamento do questionário relativo a Jovens Aprendizes

O questionário aplicado (anexo I) pode ter suas perguntas divididas em três grandes grupos: as que desejam investigar o nível de satisfação dos empregadores com relação aos empregados aprendizes; as perguntas referentes à atuação da fiscalização do Ministério do Trabalho e Emprego e, por fim, as de enumeração dos principais fatores de dificuldade para o cumprimento da cota de aprendizes.

Há também informações de ordem geral, como o número de empregados da empresa e de aprendizes contratados antes e depois da fiscalização, o que servirá para subsidiar conclusões quanto aos resultados apresentados.

O nível de satisfação foi perquirido através três indagações:

3. Nível de satisfação com relação aos empregados aprendizes?

- Excelente
- Bom
- Regular
- Ruim

5. Considerando as horas em efetivo exercício laboral, a produtividade de seu empregado aprendiz, em relação aos demais empregados é:

- Maior
- Menor
- Igual

6. Número de empregados aprendizes que já foram aproveitados pela empresa para contrato por prazo indeterminado? _____

A atuação do Ministério do Trabalho e Emprego e o grau de eficácia espontânea da lei foram investigados através dos seguintes questionamentos:

2. A empresa já possuía algum aprendiz antes de ser notificada pela fiscalização do ministério do trabalho? SIM () NÃO ()

2.1. Em caso positivo, quantos aprendizes já empregava? _____

4. Caso deixasse de existir a Fiscalização do Ministério do Trabalho e Emprego, a empresa continuaria cumprindo a sua cota de aprendizes exigida por Lei? SIM () NÃO ()

Por fim, foi feita uma pergunta aberta relativa às dificuldades encontradas para efeito da cota. Apenas nessa o entrevistado poderia marcar quantas alternativas desejasse e escrever observações de forma aberta.

5. Maiores dificuldades encontradas por sua empresa para o cumprimento da cota? (Marcar quantas se aplicarem.)

- () Baixa produtividade dos aprendizes
- () Dificuldade de convivência dos aprendizes com os demais trabalhadores
- () Falta de qualificação
- () Inexistência de cursos de aprendizagem para as funções da empresa
- () Inexistência de cursos próximos à empresa
- () Outras

Os dados tabulados estão nos anexos III, IV e V desta dissertação. A análise dos dados servirá para aferição de eficácia logística, do item relativo à atuação do Ministério do Trabalho e Emprego e, principalmente, para medir o grau de eficácia social da lei da aprendizagem.

5.3.2 Eficácia jurídica

A eficácia jurídica da lei da aprendizagem vem sendo lapidada ao longo do tempo, de forma que, na atualidade, muitos pontos que conduziam à ineficácia já foram superados por atualizações na legislação.

Podem-se destacar três pontos de ineficácia jurídica que merecem avaliação. O primeiro se refere à contratação de aprendizes por empresas do setor industrial; o segundo, sobre a determinação dos cargos que demandam formação profissional para fins de cálculo de cota do número de aprendizes e o terceiro, sobre a contratação dentro de empresas prestadoras de serviço de mão de obra.

5.3.2.1 Contratação no setor industrial

A Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) foi aprovada pelo Decreto-lei 5452, de 01 de maio de 1943, e já contemplava, em seu texto original, no artigo 429, o trabalho na

condição de aprendiz nos estabelecimentos industriais de qualquer natureza²³⁶. Do texto original já se observa um ponto que conduzia à ineficácia da lei. É que o artigo 428 da mesma lei, também já modificado, limitava a idade para o contrato de aprendizagem entre quatorze e dezoito anos e, no mesmo capítulo, existia (e ainda existe) a limitação do trabalho do menor de dezoito anos de idade em atividades perigosas ou insalubres²³⁷.

Ora, um grande número de indústrias trabalha em condições insalubres e/ou perigosas, inclusive com o pagamento a seus trabalhadores dos adicionais respectivos: periculosidade e insalubridade. Como a lei previa a aprendizagem apenas em atividades industriais e para menores de dezoito anos, havia uma grande limitação legal para a contratação, o que praticamente inviabilizou a utilização da lei em larga escala em seus primeiros cinquenta e sete anos de existência.

Claro que se tentou a adoção de alternativas como a utilização de oficinas isoladas em que se afastasse a condição insalubre/perigosa apenas para aquele grupo de trabalhadores aprendizes.²³⁸ Tal alternativa, entretanto, foge à intenção maior da lei, que seria a oportunidade de vivenciar a experiência do trabalho na realidade e, concomitantemente, adquirir os conhecimentos teóricos necessários para exercê-lo de forma satisfatória. Um ambiente separado dos outros trabalhadores e em condições especiais não traduz o ideal da experiência prática pretendida pela aprendizagem.

Outra maneira alternativa era a contratação dos aprendizes apenas nos setores da empresa que não estivessem em contato com a produção em si. Da mesma forma, não estaria garantida a formação na área industrial, sendo que os aprendizes necessariamente haveriam de fazer curso nas áreas administrativa e de escritório. Outrossim, a área meio da empresa por vezes ficava “inchada” com a contratação desnecessária de jovens, apenas para que se cumprisse a obrigação legal.

Esse foco de ineficácia jurídica, considerada como aquela causada por incongruências dentro da própria lei, foi, em grande parte, superada com as modificações trazidas pela lei 10.097, de 19 de dezembro de 2000. Nesta se deu nova redação ao artigo 429

²³⁶Redação original de 1943: Art. 429 - Os estabelecimentos industriais de qualquer natureza, inclusive de transportes, comunicações e pesca, são obrigados a empregar e matricular nos cursos mantidos pelo Serviço Nacional de Aprendizagem Industrial (SENAI): a) um número de aprendizes equivalente a 5% (cinco por cento) no mínimo dos operários existentes em cada estabelecimento, e cujos ofícios demandem formação profissional; b) e ainda um número de trabalhadores menores que será fixado pelo Conselho Nacional do SENAI, e que não excederá a 3% (três por cento) do total de empregadores de todas as categorias em serviço em cada estabelecimento.

²³⁷Vide redação original do artigo 405 da Consolidação das Leis do Trabalho.

²³⁸BRASIL. Ministério do Trabalho e Emprego. **Manual da aprendizagem**: o que é preciso saber para contratar o jovem aprendiz. 3. ed. Brasília, 2009.

da CLT e estendeu-se o instituto da aprendizagem a todos os tipos de estabelecimentos, não apenas aos de natureza industrial. Concomitantemente a isso, iniciaram-se, de forma mais intensa, as fiscalizações do Ministério do Trabalho e Emprego, na cobrança da obrigatoriedade de contratar aprendizes.

Mesmo assim, a legislação ainda se autolimitava, pois os estabelecimentos industriais se deparavam com o mesmo entrave da questão da menoridade para a contratação. Saliente-se que os estabelecimentos industriais são a maioria dos de grande porte e possuem um grande número de trabalhadores. Perder esse contingente de vagas para a aprendizagem era grande empecilho para o avanço nas metas de contratação. Dessa forma, através da lei 11.180, de 23 de setembro de 2005, foi ampliada a idade limite para a aprendizagem, que passou a ser de catorze a vinte e quatro anos. Assim, ficou superada a questão da incompatibilidade entre a idade do aprendiz e as atividades insalubres e perigosas no setor industrial: basta apenas que seja contratado um jovem entre dezoito e vinte e quatro anos, pois a limitação legal se reserva à questão da idade e não da condição de aprendiz²³⁹.

Há que se analisar, em momento oportuno, a modificação trazida pela mesma lei que isenta de limite superior de idade os aprendizes que também sejam pessoas com deficiência.

5.3.2.2 Cálculo da cota de aprendizes

Em 2005 também foi publicado o Decreto 5.598, de 01 de dezembro, que regulamenta a contratação de aprendizes. Dentre os esclarecimentos trazidos pelo decreto, tem-se como primordial a explicitação do cálculo da cota do número mínimo de aprendizes em cada empresa. Isso porque havia grandes questionamentos quanto a quais trabalhadores

²³⁹De acordo com a lei 11.180/2005: "Art. 428. Contrato de aprendizagem é o contrato de trabalho especial, ajustado por escrito e por prazo determinado, em que o empregador se compromete a assegurar ao maior de 14 (quatorze) e menor de 24 (vinte e quatro) anos inscrito em programa de aprendizagem formação técnico-profissional metódica, compatível com o seu desenvolvimento físico, moral e psicológico, e o aprendiz, a executar com zelo e diligência as tarefas necessárias a essa formação. [...]

§ 5º A idade máxima prevista no *caput* deste artigo não se aplica a aprendizes portadores de deficiência.

§ 6º Para os fins do contrato de aprendizagem, a comprovação da escolaridade de aprendiz portador de deficiência mental deve considerar, sobretudo, as habilidades e competências relacionadas com a profissionalização." (NR)

"Art. 433. O contrato de aprendizagem extingue-se-á no seu termo ou quando o aprendiz completar 24 (vinte e quatro) anos, ressalvada a hipótese prevista no § 5º do art. 428 desta Consolidação, ou ainda antecipadamente nas seguintes hipóteses:

contratados demandariam formação profissional e quanto àqueles que poderiam ser excluídos da base de cálculo da cota por exercerem cargo de nível técnico, superior ou de confiança²⁴⁰.

A definição das funções que demandam formação profissional utiliza a Classificação Brasileira de Ocupações (CBO), elaborada pelo Ministério do Trabalho e Emprego. Esse dispositivo, no entanto, recebe severas críticas por parte do empresariado, principalmente no que tange à segurança jurídica.

O questionamento se refere a casos em que a empresa não exige uma formação escolar ou profissional específica para uma determinada atividade, o que levar a crer que estas não demandam formação profissional. Entretanto, na CBO, estes constam como autorizados para compor base de cálculo de cota, ou seja, como funções que demandam formação profissional.

Em que pese a necessidade, hodiernamente, de formação para o exercício de qualquer atividade, há a dificuldade até mesmo na captação dos jovens no mercado, pois, tendo a oportunidade de fazer curso de aprendizagem com carga horária definida e possibilidades de contratação reais, eles tendem a optar por carreiras de maior exigência técnica e com melhores perspectivas salariais.

A compreensão dessa incongruência legal talvez seja mais bem percebida através de um exemplo prático. Será agora trazida a questão dos trabalhadores de limpeza urbana, definidos, segundo a CBO, como “Trabalhadores nos serviços de coleta de resíduos, de limpeza e conservação de áreas públicas”. Nesse grupo se inserem o coletor de lixo domiciliar (lixeiro) e o varredor de rua (gari). Segundo a CBO, essas funções demandam formação profissional para efeito do cálculo do número de aprendizes. Exigem também a quarta série do ensino fundamental completo²⁴¹.

²⁴⁰Decreto 5.598, de 01 de dezembro, que regulamenta a contratação de aprendizes: Art. 10. Para a definição das funções que demandem formação profissional, deverá ser considerada a Classificação Brasileira de Ocupações (CBO), elaborada pelo Ministério do Trabalho e Emprego.

§ 1º Ficam excluídas da definição do *caput* deste artigo as funções que demandem, para o seu exercício, habilitação profissional de nível técnico ou superior, ou, ainda, as funções que estejam caracterizadas como cargos de direção, de gerência ou de confiança, nos termos do inciso II e do parágrafo único do art. 62 e do § 2º do art. 224 da CLT.

§ 2º Deverão ser incluídas na base de cálculo todas as funções que demandem formação profissional, independentemente de serem proibidas para menores de dezoito anos.

²⁴¹Conforme expõe o Ministério do Trabalho e Emprego no CBO, a formação e experiência exigida para tais trabalhadores é “O acesso às ocupações de faxineiro e limpador de vidros é livre. O exercício das ocupações de coletor de lixo e gari requer quarta série do ensino fundamental e a ocupação de trabalhador de serviços de manutenção de edifícios e logradouros tem como requisito o ensino fundamental completo. O exercício pleno das atividades ocorre após um a dois anos de experiência. A(s) ocupação(ões) elencada(s) nesta família ocupacional, demandam formação profissional para efeitos do cálculo do número de aprendizes a serem contratados pelos estabelecimentos, nos termos do artigo 429 da Consolidação das Leis do Trabalho - CLT, exceto os casos previstos no art. 10 do decreto 5.598/2005.

Ocorre que o jovem entre 14 e 24 anos, geralmente, possui escolaridade maior do que a quarta série. Um estudante que esteja em faixa etária normal, segundo o calendário do Ministério da Educação, aos 14 anos, já estaria no oitavo ou nono ano do ensino fundamental, prestes a adentrar no ensino médio. Dificilmente tal jovem escolhe, já que detém melhor formação escolar, a função de gari ou lixeiro para receber treinamento profissionalizante.

Desse modo, as empresas que detém a maioria de seus profissionais nessa área de atuação têm grande dificuldade em cumprir sua obrigação legal de contratar aprendizes. Aliás, tais funções são eminentemente insalubres, o que já impediria o acesso do aprendiz menor de 18 anos e, portanto, com menor escolaridade.

Sendo assim, não que ser estabelecidos critérios mais seguros para a determinação da CBO, que, como regulamentação complementar, merece tratamento que considere os aspectos fáticos da contratação e o necessário embate entre os princípios constitucionais do valor social do trabalho e da livre iniciativa. Afinal, um princípio constitucional não pode ser abandonado ou esquecido para dar lugar a outro. O grau de dificuldade do empresariado em termos práticos para cumprir a legislação deve ser considerado pelo MTe no momento do enquadramento de uma profissão como demandante de formação profissional para fins de aprendizagem e isso é fator que depende do Estado produtor da norma.

Como aqui se trata de eficácia sob o ponto de vista jurídico, observa-se que uma legislação infralegal que desconsidere questões pertinentes – como a necessidade de formação profissional em nível compatível com a carga horária exigida pelos cursos de aprendizagem e o interesse dos jovens pela profissão – ou que dificulte em demasia o cumprimento da lei por parte das empresas, pela falta de jovens disponíveis no mercado, traz consequências para os objetivos pretendidos pelo legislador ao propor uma ação afirmativa.

Obviamente não se pode deixar de mencionar empresas que, ardilosamente, modificam o código de CBO de seus trabalhadores, por elas informado através do Cadastro Geral de Empregados e Desempregados (CAGED), para se esquivar da contratação de aprendizes.

Nesses casos, a solução seria uma verificação *in loco* do Ministério do Trabalho e Emprego, para determinar a correta classificação de acordo com as tarefas realmente executadas. Caso a empresa se negue à regularização, deverá ser informado o Ministério Público do Trabalho, para a formulação de Termo de Ajuste de Conduta (TAC) ou o ingresso com ação civil pública.

5.3.2.3 Contratação por empresas prestadoras de serviços de mão de obra

Outro exemplo prático que poderia ser resolvido em nível de normatização é relativo às empresas prestadoras de serviços de mão-de-obra a terceiros. Elas possuem seus empregados lotados em diversos postos de trabalho, pertencentes a outras empresas.

Observe-se que o contrato existente entre a empresa prestadora de serviços e suas tomadoras é de natureza civil. Não têm as tomadoras obrigações trabalhistas com relação a seus terceirizados, com exceção de normas gerais de segurança relativas às condições do local de trabalho. A tomadora somente tem a obrigação de contratar aprendizes em relação à sua base de cálculo, que considera apenas os empregados por ela diretamente contratados.

Fica então a empresa prestadora de serviços de mão-de-obra em situação peculiar: precisa contratar aprendizes levando em consideração, para base de cálculo, todos os empregados que possui e, ao mesmo tempo, não pode obrigar suas tomadoras a aceitá-los, pois estas contrataram um número determinado de trabalhadores, dentre os quais não se encontram aprendizes. Tampouco pode a prestadora obrigar a tomadora a manter seus aprendizes trabalhando ou pagar por eles.

A falta de espaço físico em sua sede – que muitas vezes possui apenas escritório com a parte administrativa e contábil – impede que nela se mantenham todos os aprendizes que precise contratar. Sendo assim, observa-se uma grande dificuldade de cumprimento da cota de aprendizagem por parte das empresas prestadoras de serviços.

É, portanto, necessária normatização relativa às empresas prestadoras de serviços de mão de obra, de forma específica, devido a suas características especiais.

A legislação referente à efetivação de um direito social que decorre do natural embate entre princípios constitucionais, como o valor social do trabalho e a livre iniciativa, há que ser muito bem articulada e programada. Falhas no sistema jurídico podem trazer a impressão, para a população e empresariado, de que simplesmente procura o Estado livrar-se da responsabilidade de formação profissional de jovens, que seria sua, transferindo-a para a iniciativa privada.

Eis que há ainda a necessidade de ajustes na legislação relativa à aprendizagem, principalmente em sua regulamentação, o que, por medida de celeridade, poderia ser feita pelo próprio Ministério do Trabalho e Emprego. Afinal, as falhas acima demonstradas dizem mais respeito à interpretação legal do que ao instituto propriamente dito. No caso das funções que demandam formação profissional, a classificação do CBO poderia levar em consideração não só a exigência do mercado para o exercício profissional, mas também a procura de jovens

que buscassem essa formação específica. Destaca-se ainda que certos cargos ou atribuições não necessitam de uma formação metódica em nível técnico, como a ora aplicada em cursos de aprendizagem. Uma ampliação no papel da fiscalização – que poderia emitir parecer relativo à necessidade de formação profissional em casos concretos específicos, que seriam submetidos posteriormente à comissão responsável pela elaboração da CBO – talvez fosse estratégia pertinente para a garantia da eficácia jurídica no instituto.

Quanto à terceirização de mão-de-obra, seria necessária uma mudança na própria legislação. Entretanto, como se trata de caso restrito a apenas uma categoria de empresas, não consegue afetar de forma geral os benefícios até hoje trazidos pela aprendizagem, tanto aos jovens agraciados, quanto às empresas contratantes. É talvez este o ajuste final para a excelência da lei em termos legais.

Entretanto, vislumbrando o panorama legal da aprendizagem, após a edição de portarias relativas inclusive a detalhes da fiscalização, observa-se que, do ponto de vista jurídico, a lei tem funcionamento pleno. Inclusive, em sede de pesquisa jurisprudencial, não foram encontradas indagações significativas quanto à sua eficácia ou constitucionalidade.

Conclui-se que a eficácia jurídica da lei da aprendizagem, carecendo de ajustes pontuais, não prejudica de forma geral sua aplicação.

5.3.3 Eficácia logística

Como observado acima, a eficácia logística diz respeito à existência de fatores práticos para que uma lei possa ser plenamente eficaz; é a ordem dos recursos factíveis.

Para que a lei da aprendizagem se concretize, é necessária a existência de três elementos fundamentais: jovens em idade produtiva, empresas com potencial de contratação e cursos de aprendizagem disponíveis para matrícula dos jovens.

Jovens necessitando de primeiro emprego existem abundantemente no Brasil, como se depreende do segundo capítulo, no qual se demonstrou a pirâmide etária brasileira e os índices de desemprego entre a população economicamente ativa menor de 24 anos.

Empresas como potencial para contratação também existem, haja vista somente serem dispensadas da contratação as micro e as pequenas empresas. Todas as demais precisam da contratação de aprendizes e disto estão sendo cobradas pela fiscalização do Ministério do Trabalho e Emprego.

O ponto de ineficácia logística da lei da aprendizagem recai exatamente na insuficiência de cursos de aprendizagem disponíveis para os jovens, na forma detalhada a seguir.

5.3.3.1 Necessidade de maior número de cursos de aprendizagem

Como a aprendizagem é um instituto o qual exige que o jovem esteja matriculado e frequentando um curso de aprendizagem específico na área de atuação em que irá trabalhar, já se encontra a primeira dificuldade de aplicação plena da lei, nos municípios em que não há curso de aprendizagem em funcionamento.

O Ceará possui hoje 184 municípios. Entretanto, só existem cursos de aprendizagem em Fortaleza, Maracanaú, Caucaia, Pacajús, Horizonte, Juazeiro do Norte, Crato, Iguatu e Sobral²⁴², ou seja, há 175 municípios em que a lei da aprendizagem não acontece, pela simples falta de cursos de aprendizagem disponíveis.

Além disso, os cursos precisam estar de acordo com as funções a serem desempenhadas pelo aprendiz na empresa. A existência de cursos fora da área de atuação do contratante corresponde à sua inexistência e também leva à ineficácia logística.

Corroborando tal fato, a pesquisa de campo demonstrou que a maior dificuldade encontrada pelas empresas entrevistadas para cumprimento de sua cota de aprendizes é a inexistência de cursos de aprendizagem para as funções que possui, mencionada por 24 dos entrevistados, o que corresponde a 53% do total. Também foi mencionada 7 vezes, correspondendo a 15% do total, a falta de cursos próximos ao local de trabalho.

Observa-se que a eficácia da lei é prejudicada por um requisito de ordem puramente fática: a não existência de cursos. Este único elemento impede a contratação e, portanto, o cumprimento dos objetivos da ação afirmativa.

5.3.3.2 O custo da aprendizagem

Foi ponto mencionado de forma espontânea por um dos entrevistados, como dificuldade de contratação, a inexistência de cursos gratuitos. Tal enfoque merece manifestação, sobretudo, pelo alto custo que, por vezes, sobrepõem os benefícios que a lei buscou trazer.

²⁴²Dados obtidos no Núcleo de Apoio a Programas Especiais (NAPE) da Superintendência Regional do Trabalho e Emprego no Estado do Ceará (SRT/Ce).

Saliente-se que são beneficiários da formação profissional específica, não apenas jovens que aprendem, mas a empresa que pode contar com uma mão de obra mais bem preparada e formada dentro de sua filosofia e expectativas; afinal, a prática profissional foi adquirida no próprio local de trabalho.

Entretanto, observa-se que a legislação, mesmo que embrionariamente, tentou atenuar os custos do empregador, durante a aprendizagem, ao diminuir a alíquota do FGTS de 8% para 2% e ao desatrelar o salário do aprendiz do piso salarial da categoria.

É como se o legislador tivesse a consciência de que o trabalhador em formação dedicaria horas de sua jornada de trabalho ao curso de aprendizagem e que, em sendo elas remuneradas, deveria contrabalançar estas horas eventualmente não trabalhadas com um custo menor por parte do empregador.

Não se pode negar que qualquer custo adicional tem peso negativo quando se trata de ações afirmativas, nem que a cultura nacional de já encontrar o profissional pronto e experiente na função dificilmente será superada se, além da oportunidade oferecida, ainda recaírem sobre o empregador esses custos adicionais.

Os cursos de aprendizagem deveriam ser priorizados pelo sistema “S”. Aliás, quando criada a primeira das entidades, em 1942, o Serviço Nacional de Aprendizagem Industrial (SENAI) tinha o precípua objetivo de organizar e administrar, em todo o país, as escolas de aprendizagem para industriários. Da mesma forma ocorreu com o Serviço Nacional de Aprendizagem no Comércio (SENAC), o segundo a ser criado²⁴³. Atualmente ainda existem o Serviço Nacional de Aprendizagem em Transportes (SENAT) e para o Serviço Nacional de Aprendizagem Rural (SENAR).

Importante frisar que os recursos necessários para custear essas atividades têm previsão constitucional no artigo 149, inciso III, que trata da contribuição de interesse de categorias profissionais ou econômicas. Atualmente são 11 (onze) contribuições, no denominado sistema “S”. As entidades criadas são de direito privado e a estas são repassadas as receitas que são cobradas através do poder público.

Pode-se dizer que as contribuições não são modestas, incidem sobre a folha de pagamento da empresa e, no caso do SENAC, SENAI e SENAT é de 1% sobre a remuneração paga à totalidade dos empregados²⁴⁴. Para o SENAR, a contribuição chega a 2,5% sobre a

²⁴³Decreto-Lei nº 4.048, de 22 de janeiro de 1942, cria o Serviço Nacional de Aprendizagem do Industriário (SENAI) e Decreto Lei 8.621, de 12 de janeiro de 1946, dispõe sobre a criação do Serviço Nacional de Aprendizagem Comercial. .

²⁴⁴Decreto, 1007 de 13 de dezembro de 1993, dispõe sobre as contribuições compulsórias devidas ao Serviço Social do Transporte (SEST) e ao Serviço Nacional de Aprendizagem no Transporte (SENAT).

folha de pagamento²⁴⁵. Todas estas contribuições são cobradas e arrecadadas pelo Instituto Nacional de Seguridade Social (INSS) e repassadas integralmente para essas entidades que são gerenciadas, inclusive financeiramente, pela iniciativa privada.

Apesar disso, o sistema “S” não consegue oferecer o número suficiente de vagas para cursos de aprendizagem em face da demanda de empresas que precisam proceder à contratação.

Diante do impasse, a legislação abre espaço para que outras entidades ministrem tais cursos²⁴⁶, como as escolas técnicas e entidades sem fins lucrativos, que tenham por objetivo a educação profissional. As últimas não recebem, a *priori*, recursos por parte do Estado para atenderem aos custos inerentes a um curso de formação profissional, como despesas com professores, material didático, etc. Resta a essas entidades, muitas das quais Organizações Não-Governamentais (ONGs), cobrar das empresas o valor referente a esses custos, o que não é legalmente vetado.

Dessa forma, fica o empregador encarregado não só do pagamento do salário do aprendiz, quanto do pagamento do curso de aprendizagem. Ademais, utilizando ou não os aprendizes do sistema “S”, continua a obrigação de pagar a contribuição referente a este, ou seja, cria-se um custo adicional que se soma à contribuição já obrigatória para o sistema “S”, sendo a empresa duplamente cobrada pela formação profissional de seus trabalhadores: primeiro, através do sistema oficial e obrigatório de contribuição, e, pela segunda vez, pagando pelo curso de aprendizagem em organizações não-governamentais.

Saliente-se a dificuldade adicional para empresas em que a aprendizagem profissional depende de aulas de laboratório, com máquinas e equipamentos específicos. Essas raramente conseguem curso em organizações fora do sistema “S”, devido aos custos elevados na compra de máquinas e mesmo na contratação de professores capacitados para o treinamento. Por vezes, a própria empresa precisa disponibilizar espaço e maquinário para que o curso exista.

²⁴⁵Decreto 566, de 10 de junho de 1992, aprova o regulamento do Serviço Nacional de Aprendizagem Rural (SENAR)..

²⁴⁶Decreto-lei 5.45, de 01 de maio de 1943, Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho.(CLT) - Art. 430. Na hipótese de os Serviços Nacionais de Aprendizagem não oferecerem cursos ou vagas suficientes para atender à demanda dos estabelecimentos, esta poderá ser suprida por outras entidades qualificadas em formação técnico-profissional metódica, a saber: I – Escolas Técnicas de Educação; II – entidades sem fins lucrativos, que tenham por objetivo a assistência ao adolescente e à educação profissional, registradas no Conselho Municipal dos Direitos da Criança e do Adolescente. § 1º As entidades mencionadas neste artigo deverão contar com estrutura adequada ao desenvolvimento dos programas de aprendizagem, de forma a manter a qualidade do processo de ensino, bem como acompanhar e avaliar os resultados. § 2º Aos aprendizes que concluírem os cursos de aprendizagem, com aproveitamento, será concedido certificado de qualificação profissional. § 3º O Ministério do Trabalho e Emprego fixará normas para avaliação da competência das entidades mencionadas no inciso II deste artigo.

Ao invés de um trabalhador em formação com custo menor que o dos demais – tendo em vista que a empresa também colabora lhe confiando a oportunidade e remunerando as horas de estudo – tem-se um trabalhador por vezes mais dispendioso do que os outros, tendo em vista o valor cobrado pelo curso.

Obviamente esta questão logística interfere nos níveis de contratação e mesmo na satisfação do empregador para com o instituto da aprendizagem, afetando sua eficácia.

5.3.3.3. Outras dificuldades levantadas

A pesquisa de campo ainda levantou outras dificuldades relacionadas a questões logísticas, como a própria cultura organizacional, que ainda não internalizou a importância da aprendizagem; a falta de responsabilidade do aprendiz devido à sua baixa idade; a falta de interesse e a dificuldade de encontrar aprendizes. Esta última, acredita-se, relacionada à inexistência de cursos em número suficiente.

Todas essas dificuldades foram elencadas espontaneamente pelas empresas entrevistadas, porém de forma pontual, sendo cada dificuldade relatada apenas por um entrevistado, o que, não desmerecendo sua importância, servirá de justificativa para que não se aprofundem os temas levantados, levando em consideração o já mencionado caráter exploratório da pesquisa.

5.3.4 Eficácia social

A eficácia social da aprendizagem pode ser verificada quando se observam a aceitação e a mudança na cultura organizacional das empresas, no sentido de conceder oportunidades de contratação a jovens sem experiência profissional.

Uma das maneiras de verificar a eficácia social é através do grau de satisfação do empregado com os aprendizes que possui, o que foi alvo da pesquisa de campo.

Os dados demonstraram que o grau de satisfação com relação aos empregados aprendizes foi excelente para 10 dos entrevistados, o que corresponde a 22% do total; bom para 27, o que corresponde 60% e regular para 8 deles, correspondendo a 17,7% dos entrevistados. Nenhuma empresa declarou que o nível de satisfação com os aprendizes foi insuficiente, ou seja, ao se depararem com a realidade da contratação do jovem sem experiência profissional, mas que está estudando para adquiri-la, 82% das empresas obtiveram grau de satisfação excelente ou bom com relação ao jovem que empregou.

Infere-se que a contratação foi obrigatória, mas pode levar à quebra de preconceitos em nível organizacional e social. Em longo prazo, os entraves para o acesso do jovem sem experiência profissional à contratação formal, aos poucos, serão substituídos pela constatação, por parte dos empregadores, de que podem formar um profissional com capacidade técnica totalmente adaptada à sua realidade e, por isso, podem contar com mão de obra mais bem qualificada.

Da mesma maneira, com relação à produtividade desses trabalhadores, tem-se que 22 entrevistados declararam que a produtividade dos aprendizes era menor do que a dos demais trabalhadores, o que leva a certo contrassenso quando se verifica o grau de satisfação já apresentado. Transformando em taxa percentual, conclui-se que 48,8% dos aprendizes têm produtividade mais baixa do que a dos demais trabalhadores.

Por outro lado, esse dado já era esperado, até porque o aprendiz é um trabalhador em formação e não pode ser comparado ao profissional já experiente, que inclusive deve orientá-lo em seu trabalho na parte prática de um programa de aprendizagem.

Ademais, essa baixa produtividade somente foi levantada como dificuldade para contratação por 9 das empresas entrevistadas, quando da apresentação da pergunta aberta relativa às dificuldades de contratação.

Por fim, há um dado de extrema importância, que é o fato de 32 empresas, cerca de 71%, já terem contratado, como trabalhadores regulares, em definitivo, jovens que nelas adentraram através das cotas para o contrato de aprendizagem. Esse índice de aproveitamento dos aprendizes sinaliza a boa aceitação social da ação afirmativa.

Um dos entrevistados, inclusive, declarou ser o contrato de aprendizagem o caminho escolhido para proceder à seleção de seu quadro permanente.

5.3.5 Atuação do Ministério do Trabalho e Emprego

A evolução dos níveis de contratação de jovens aprendizes no Brasil foi de 18.146 registrados mediante ação fiscal em 2003 para 118.164 em 2011²⁴⁷. Este aumento ocorreu através do incremento no número de ações fiscais voltadas para a contratação de jovens aprendizes, bem como de campanhas de orientação realizadas pela fiscalização.

²⁴⁷BRASIL. Ministério do Trabalho e Emprego. Quadro Comparativo da Fiscalização do Trabalho 2003 a 2012. Disponível em: <http://portal.mte.gov.br/data/files/8A7C816A36A27C140137FFDBFD9B0D1D/Resultados%20da%20Fiscaliza%C3%A7%C3%A3o%20de%202003%20-%202012%20atualizado%20at%C3%A9%20maio.pdf>. Acesso em: 15 jul. 2012.

A pesquisa de campo realizada corroborou a importância da realização de ações fiscais para que a contratação de aprendizes ocorra. De fato, dos 45 entrevistados, 21 sequer possuíam aprendizes antes de serem admoestados pela fiscalização.

Também foi demonstrado um dado relevante que aponta para a mudança na realidade social: 31 dos entrevistados declararam que continuariam cumprindo a cota de aprendizes exigida por lei caso a fiscalização do Ministério do Trabalho e Emprego deixasse de existir (68,8% dos casos).

O que se evidencia é que a atuação da fiscalização é primordial, principalmente nas primeiras contratações ocorridas em decorrência da lei, quase a metade (48,88%) somente a cumpriram após o início da ação fiscal.

Convém informar que tais fiscalizações não se restringem ao binômio verificação e lavratura de auto de infração respectivo. São fiscalizações com foco na regularização e na orientação das empresas quanto aos detalhes da lei, buscando sempre a conscientização do empresariado quanto à importância do instituto da aprendizagem, tudo isto baseado no artigo 627-A da Consolidação das Leis do Trabalho que prevê a instauração de procedimento especial para fiscalização objetivando tal orientação.

Caso verificada a dificuldade da empresa em proceder a contratação, é possível a realização de mesa de entendimento e a emissão de Termo de Compromisso, que no caso da lei da aprendizagem, poderá ter como participante também as instituições responsáveis por promover a aprendizagem.

Aliás, outra atuação importante do Ministério do Trabalho e Emprego está em fazer esta ligação entre empresas contratantes e instituições que promovem a aprendizagem, orientando no sentido da correta aplicação da lei. Para tanto são realizadas palestras e produzido material impresso esclarecendo o tema, como no caso da edição do Manual da Aprendizagem com distribuição gratuita através das Superintendências Regionais.

5.4 Estudo da eficácia da Lei de Cotas para pessoas com deficiência (Artigo 93 da Lei 8.213/1991)

A legislação relativa à contratação compulsória de pessoas com deficiência também foi apresentada no capítulo terceiro. Esta é ação afirmativa genuína, tendo por objetivo neutralizar o preconceito existente no momento da contratação da pessoa que possua deficiência física, visual, auditiva ou mental.

Serão utilizados, para este estudo, os dados coletados na pesquisa de campo e as informações advindas de fontes bibliográficas e documentais.

Como a lei de cotas para PCD's já está em vigor desde 1991, isto é, há mais de 20 anos, a pesquisa de campo teve foco nas mudanças já trazidas na realidade social pela ação afirmativa.

5.4.1 Detalhamento do questionário relativo a pessoas com deficiência (PCD's)

Considerando o caráter de ação afirmativa pura da contratação de pessoas com deficiência, a intenção maior do questionário foi observar a ocorrência de mudanças na realidade social trazidas pela existência da lei.

Sendo assim, através das perguntas 1 e 2 sobre a quantidade de PCD's empregadas antes e depois da fiscalização do Ministério do Trabalho e Emprego, para o cumprimento da cota obrigatória, lançam-se esclarecimentos sobre as mudanças na realidade social e sobre a atuação do órgão de fiscalização.

1. Número de PCD's contratadas que a sua empresa possui hoje? _____
2. A empresa já possuía alguma PCD contratada antes de ser notificada pela fiscalização do Ministério do Trabalho? SIM () NÃO ()
- 2.1. Em caso positivo, quantas PCD's já empregava? _____

A seguir, vê-se que foi arguído o nível de satisfação do empregador para com seus empregados com deficiência.

3. Nível de satisfação com relação aos empregados PCD's?
 - () Excelente
 - () Bom
 - () Regular
 - () Ruim

Buscando averiguar se já ocorreu alguma alteração na realidade social referente à aceitação de trabalhadores com deficiência por parte do empresariado, questionou-se sobre a contratação espontânea, bem como sobre possível redução no quadro de pessoas com deficiência em caso de revogação da lei. Perquiriu-se, portanto, se a permanência de pessoas com deficiência nos quadros da empresa ocorre, exclusivamente, por obrigação legal.

4. Caso não existisse a exigência do cumprimento de cotas para a contratação de PCD's prevista em Lei, a empresa teria contratado esses empregados?
SIM () SIM, MAS EM MENOR NÚMERO () NÃO ()
6. Caso a lei de cotas para a contratação de pessoas com deficiência fosse revogada hoje, você demitiria seus empregados PCD's?
SIM () NÃO ()

Por fim, foi feita uma pergunta aberta relativa aos motivos de não contratação, caso a pergunta 4 acenasse para uma contratação inferior à cota legal. Apenas para essa pergunta o entrevistado poderia marcar quantas alternativas desejasse e escrever observações de forma aberta.

5. Se não ou em menor número, quais seriam o(s) motivo(s) para a não contratação?

- Baixa produtividade das PCD's em relação aos demais empregados;
- Dificuldade de adaptação das PCD's ao ambiente de trabalho;
- Falta de qualificação;
- Incompatibilidade com o perfil da empresa frente ao público externo;
- Dificuldade em localizar PCD's disponíveis para contratação;
- Outros _____.

O questionário aplicado para contratantes de pessoas com deficiência, anexo A, teve suas perguntas tabuladas em três quadros distintos, anexo C. O primeiro, de acordo com o número de contratados e o grau de satisfação com seu trabalho – quadro I; o segundo, relacionado à eficácia social da lei, com os quesitos relativos às contratações no caso de sua inexistência ou revogação – quadro II e, finalmente, a tabela de dificuldades mencionadas para cumprimento da cota – quadro III .

5.4.2 Eficácia jurídica

Quanto à lei de cotas para pessoas com deficiência, observa-se que a legislação é clara quanto aos obrigados a contratar e aos requisitos exigidos. Diferente do que ocorre na contratação de aprendizes, na contratação de pessoas com deficiência apenas são necessários dois pólos na relação: a pessoa com deficiência e a empresa contratante.

A única regulamentação exigida é no sentido de definir quais pessoas são consideradas com deficiência para fins de cumprimento da lei.

Não se encontra dificuldade no cálculo da cota, que é progressivo, dá-se tomando por base todos os empregados da empresa e todos os ramos de atividade empresarial. Isso facilita a eficácia jurídica da lei, pois seu entendimento de obrigatoriedade é bastante simples, basta que a empresa possua mais do que 100 (cem) empregados para ser obrigada a contratar pessoas com deficiência.

Como já apresentado no item 4.3.7.2, aqui se consideram os empregados da empresa, e não de cada estabelecimento ou filial, de forma que, existindo diversas filiais espalhadas pelo Brasil, o percentual recairá sobre a totalidade dos empregados da empresa e

não sobre cada estabelecimento isoladamente. Por outro lado, a empresa pode prover sua contratação de pessoas com deficiência da maneira que melhor lhe convier, ou seja, se a empresa resolver cumprir sua cota nacional em apenas um estado da Federação, assim poderá fazê-lo.

A única questão jurídica que gera algum tipo de controvérsia é a regulamentação feita pelo artigo 4º do Decreto 3.298/2004²⁴⁸, que traz definição bastante restritiva de pessoa com deficiência, mas não determina o profissional apto a declarar tal condição. Como se verá adiante, talvez o fator de ineficácia jurídica, neste caso específico, seja mais em função do excesso de regulamentação do que de sua falta.

Para as pessoas com deficiência física, a lei exige alteração completa ou parcial do corpo humano com comprometimento da função física. O deficiente auditivo deve possuir alteração grave, assim como o visual. A restrição destes parâmetros leva a duas questões cujo debate pertine à questão da eficácia jurídica do instituto.

A primeira é relativa à comprovação da condição de pessoa com deficiência e de quem deve declará-la, e a segunda, relativa a trabalhadores que não são considerados deficientes para fins de contratação, mas que sofrem preconceito em seu acesso ao mercado de trabalho, ficando à margem da lei.

²⁴⁸Decreto 3.298/99, alterado pelo Decreto 5.296/2004, que dispõe sobre a política nacional para a integração da Pessoa Portadora de Deficiência. Art. 4º: É considerada pessoa portadora de deficiência a que se enquadra nas seguintes categorias: I - deficiência física - alteração completa ou parcial de um ou mais segmentos do corpo humano, acarretando o comprometimento da função física, apresentando-se sob a forma de paraplegia, paraparesia, monoplegia, monoparesia, tetraplegia, tetraparesia, triplegia, triparesia, hemiplegia, hemiparesia, ostomia, amputação ou ausência de membro, paralisia cerebral, nanismo, membros com deformidade congênita ou adquirida, exceto as deformidades estéticas e as que não produzam dificuldades para o desempenho de funções; II - deficiência auditiva - perda bilateral, parcial ou total, de quarenta e um decibéis (dB) ou mais, aferida por audiograma nas frequências de 500HZ, 1.000HZ, 2.000Hz e 3.000Hz; III - deficiência visual - cegueira, na qual a acuidade visual é igual ou menor que 0,05 no melhor olho, com a melhor correção óptica; a baixa visão, que significa acuidade visual entre 0,3 e 0,05 no melhor olho, com a melhor correção óptica; os casos nos quais a somatória da medida do campo visual em ambos os olhos for igual ou menor que 60º; ou a ocorrência simultânea de quaisquer das condições anteriores; IV - deficiência mental - funcionamento intelectual significativamente inferior à média, com manifestação antes dos dezoito anos e limitações associadas a duas ou mais áreas de habilidades adaptativas, tais como: a) comunicação; b) cuidado pessoal; c) habilidades sociais; d) utilização dos recursos da comunidade; e) saúde e segurança; f) habilidades acadêmicas; g) lazer e h) trabalho; V - deficiência múltipla - associação de duas ou mais deficiências.

5.4.2.1 *Comprovação da condição de pessoa com deficiência*

As dificuldades passam pela falta de determinação legal de que profissional atesta a deficiência. O médico emissor do atestado, necessariamente, deve possuir um conhecimento prévio do decreto, da atividade que será exercida pela pessoa com deficiência e da deficiência em si.

O ideal seria a realização de perícia por médico do INSS; porém, devido à pequena quantidade desses peritos oficiais, muitas vezes assoberbados de trabalho em avaliações de licenças e aposentadorias, tal declaração passou a ser feita pelo médico do trabalho da empresa, ou mesmo outro médico²⁴⁹, tendo em vista o silêncio da lei.

Tais profissionais, por vezes, desconhecem a regulamentação pertinente e atestam deficiência que não pode ser considerada para fins de contratação compulsória. Mesmo quando se trata do médico responsável pelo Programa de Controle Médico e Saúde Ocupacional (PCMSO), familiarizado com a realidade do trabalho executado, observa-se uma tendência a atestar deficiências em empregados já contratados, para que se evitem novas admissões.

A decisão do médico possui uma série de implicações, pois tanto pode ser no sentido de declarar deficiente pessoa que não o seja dentro dos parâmetros legais, quanto pode inviabilizar o acesso de um determinado profissional com deficiência a certos cargos, por uma excessiva precaução quanto à sua segurança.

No entanto, há que se anotar que “o meio ambiente laboral saudável deve ser uma preocupação constante do empregador, independentemente de possuir ou não trabalhadores com deficiência”²⁵⁰. O risco deverá ser controlado para todos os trabalhadores da empresa, sendo que a capacidade de adaptação a uma determinada função somente poderá ser aferida mediante o efetivo exercício laboral da pessoa com deficiência.

Como existe, para os trabalhadores em geral, o contrato de experiência previsto na Consolidação das Leis do Trabalho, seria esse o momento ideal para avaliar a capacidade do trabalhador com deficiência em desempenhar sua função²⁵¹.

²⁴⁹ BRASIL. Ministério do Trabalho e Emprego. **A inclusão das pessoas com deficiência no mercado de trabalho**. Brasília, 2007.

²⁵⁰FERRAZ, ARAUJO, 2010.

²⁵¹Em sentido similar, pronuncia-se Ricardo Tadeu Marques da Fonseca ao tratar a questão das vagas para pessoas com deficiência no serviço público: “Parece que tal conduta ‘premonitória’ dos médicos, em razão dos editais, é francamente ‘pré-conceituosa’, já que os médicos atuam de forma a prever o imprevisível, mas, ao impedir que o candidato deficiente aprovado demonstre sua capacidade de superar a limitação, adequando-se às funções, nega-lhe o direito de exercer sua cidadania”. FONSECA, 2006, p. 275.

Sendo assim, para que se torne plena a eficácia jurídica da lei, haveria que se definir qual profissional, ou grupo de profissionais, estaria apto a atestar a deficiência para fins de cumprimento da cota, bem como re-estudar os parâmetros dessa condição. Aliás, o ideal seria uma legislação que determinasse equipe multidisciplinar, com conhecimento tanto relativo a critérios médicos, quanto relativo ao conhecimento das funções a serem desempenhadas.

5.4.2.2 O caso da pessoa com deficiência não cotista

Há ainda aqueles trabalhadores que estão no que se convencionou chamar, no jargão da fiscalização, de “limbo”, pois não são considerados deficientes para fins de preenchimento da cota, mas também não são contratados normalmente pelas empresas em função de sua deficiência.

Como exemplo, menciona-se o deficiente visual cujo grau de acuidade visual exigido pelo decreto é praticamente de cegueira completa. Aquele trabalhador que tem baixa visão, impeditiva de exercer um grande número de atividades sem apoios tecnológicos como programas de leitura computadorizada, lentes de aumento, ou mesmo o apoio de outro trabalhador, não consegue emprego. Até porque as empresas normalmente não adaptam seu ambiente de trabalho para esse tipo de empregado, ainda mais quando não é considerado para fins de cumprimento da cota.

Observa-se que o legislador optou por considerar, para efeito de cota, apenas aquelas pessoas com graves deficiências. Pelo menos é o que se observa com relação à deficiência auditiva ou visual, em que os parâmetros são bastante objetivos, e o médico tem auxílio dos exames de audiometria e acuidade visual, respectivamente, para emitir parecer dentro dos parâmetros legais.

Já no tocante à deficiência física, o critério é mais subjetivo e pode variar de um profissional para outro, pois, quando se trata de alteração completa ou parcial de segmento do corpo humano que comprometa a função física, não há como especificar completamente a extensão ou nível de comprometimento dessa alteração. A amputação de um dos dedos da mão, por exemplo, possui variáveis que precisam ser consideradas. Alguns profissionais consideram o comprometimento apenas quando se trata de dedo da mão direita, para destros, e esquerda, para canhotos. Já outros só consideram deficiente aquele que tenha perdido os dedos que participem do movimento de pinça.

Observa-se que, muitas vezes, o excesso de detalhamento quanto à caracterização da deficiência também pode engessar os mecanismos de contratação.

Dessa forma, necessita-se de normas regulamentadoras adaptáveis a cada situação concreta, bem como se sugere a já mencionada equipe multidisciplinar, para avaliar, caso a caso, a condição de cotista para uma determinada pessoa.

As dificuldades mencionadas, entretanto, em pouco interferem na meta de contratação. São questões pontuais, que melhorariam a aplicabilidade da lei caso fossem resolvidas, mas que não a prejudicam de forma importante. O nível de eficácia jurídica da ação afirmativa de cotas para pessoas com deficiência é considerado satisfatório para que a lei atinja seus objetivos.

5.4.3 Eficácia logística

Com base na pesquisa de campo realizada, foram detectados alguns pontos de ineficácia logística da lei de inserção compulsória de pessoas com deficiência.

Levantou-se que 21,42 % dos entrevistados mencionaram dificuldades de adaptação das pessoas com deficiência ao ambiente de trabalho. É, portanto, um dos fatores logísticos a serem considerados: o ambiente físico de trabalho e as adaptações em termos arquitetônicos e de tecnologia para permitir o trabalho das pessoas com deficiência. O segundo fator mencionado foi a falta de qualificação das pessoas com deficiência, marcada por 32,14% dos entrevistados.

Como influência mais importante se apontou a dificuldade em encontrar PPD's disponíveis para contratação. Isso apontado por 50% dos entrevistados. Desse dado, levantar-se-ão duas hipóteses que justificam sua ocorrência: a falta de um cadastro de pessoas com deficiência interessadas em trabalhar e empresas dispostas a contratar, e a existência de legislação vinculada à assistência social, que pode não estimular a tentativa da PCD em ingressar no mercado de trabalho.

Verificar-se-ão, então, três itens de ineficácia logística, hipóteses aventadas nesta pesquisa, para justificar as dificuldades em encontrar pessoas com deficiência disponíveis no mercado de trabalho.

5.4.3.1 Adaptação do ambiente de trabalho

A contratação de um trabalhador com deficiência leva a empresa a lidar com uma situação nova na qual, por muitas vezes, necessita fazer uma adaptação em seu ambiente de trabalho – do ponto de vista arquitetônico – e em seus métodos e instrumentos.

Convém salientar que a adaptação para o cadeirante, com portas largas e acessibilidade através de rampas e elevadores, bem como as sinalizações em relevo e indicações de comunicação visual em braile, para deficientes visuais, devem ser uma prática em todos os ambientes, não apenas no de trabalho. Essas adaptações estão previstas na lei 7.853/89 e no decreto 3.298/99, que tratam da política nacional de integração da pessoa com deficiência de forma geral.

Uma sociedade que se pretenda inclusiva, e é nesse sentido que se coloca o Brasil, tanto em nível constitucional, quanto na ratificação de tratados internacionais sobre o tema da pessoa com deficiência, necessita de adaptações permanentes no sentido de uma inclusão irrestrita.

Quanto às adaptações em métodos, sistemas e ferramentas de trabalho, tem-se que considerar os avanços em sistemas de informática e na tecnologia robótica, todos mecanismos disponíveis para auxiliar trabalhadores com deficiência a exercer as mais diversas funções, “com essa nova aliada, muitas deficiências foram compensadas deixando, para determinada atividade laboral, de existir”²⁵². Importante também que se corrobore que a obrigação em criar um ambiente saudável e inclusivo é, precipuamente, do empregador:

Um ambiente saudável já é obrigação dos empregadores, não sendo motivo para falta de contratação de um trabalhador com deficiência. As adaptações necessárias deverão ser feitas à cargo da empresa, a quem cumpre zelar pela segurança e saúde de todos os seus empregados. Daí resta corroborado a importância de vê-la como uma função social. É o novo conceito aflorando em antigos temas, pois o ambiente deverá eliminar barreiras e limitações de ordem física ou social²⁵³.

Importante salientar, nesta pesquisa, que existem linhas de crédito exclusivas, ligadas ao plano nacional dos direitos das pessoas com deficiência, para a aquisição de produtos de tecnologia assistiva em bancos oficiais²⁵⁴.

²⁵²MELO. Sandro Nahmias. **O direito ao trabalho da pessoa portadora de deficiência, o princípio constitucional da igualdade**: ação afirmativa. São Paulo: LTr, 2004, p. 158.

²⁵³FERRAZ; ARAUJO, 2010.

²⁵⁴Encontra-se linha de crédito relativa a equipamentos e acessórios que garantam acessibilidade no Bando do Brasil. Para maiores informações sugerimos acessar o site. Disponível em: <<http://www.bb.com.br/portalbb/page17,19314,19314,0,0,1,1.bb>>. Acesso em: 11 abr.2012.

Interessante o fato de nenhum dos pesquisados em campo mencionar, em resposta aberta, a dificuldade relativa a custos de adaptação do ambiente. Saliente-se que os entrevistados foram orientados de que o sentido da questão se devia a adaptações relativas à acessibilidade física e de instrumentos de trabalho.

5.4.3.2 Ausência de trabalhadores qualificados

Por ocasião da pesquisa de campo, verificou-se que 32,14% dos entrevistados se referiram à falta de qualificação como empecilho para a contratação de pessoas com deficiência.

Neste ponto, é premente a participação do Estado no sentido de priorizar “políticas públicas de melhoria da educação e do total acesso da pessoa com deficiência às unidades escolares, sendo feitas as adaptações necessárias para o exercício do curso e a obtenção dos respectivos certificados”²⁵⁵.

Procurando superar tais obstáculos, por meio de uma junção dos mecanismos para contratação de aprendizes e pessoas com deficiência, observou-se, em artigo anteriormente publicado sobre o tema, que

Um dos meios eficazes encontrados para suprir uma eventual falta de qualificação é a contratação de pessoas com deficiência na condição de aprendizes, outra cota social a que estão obrigadas as empresas, com exceção das micro e de pequeno porte. Este contrato é especialíssimo e por prazo determinado, por período máximo de 2 anos. O trabalhador possui seu contrato de trabalho formal e, ao mesmo tempo, frequenta curso de aprendizagem profissional em sua área de atuação na empresa. Será remunerado pelas horas de curso e pelas horas laboradas, e se qualificará ao mesmo tempo em que trabalha.

Desta forma, após terminar seu curso, está apto a ingressar de forma definitiva em seu posto de trabalho. Convém lembrar que não existe limite de idade para a pessoa com deficiência se tornar aprendiz, ao contrário dos demais trabalhadores, que somente poderão ser aprendizes dos 14 aos 24 anos. Todas estas regras restam previstas na própria Consolidação das Leis do Trabalho, nos artigos 428 e seguintes. Ou seja, a própria legislação fornece o instrumental para superação de mais este obstáculo na contratação da pessoa com deficiência.²⁵⁶

Saliente-se que esta solução se encontra atrelada a questões logísticas já mencionadas no item referente ao contrato de aprendizagem, ou seja, não de existir cursos para as funções pretendidas pelas pessoas com deficiência e de se considerar os custos dessa contratação.

²⁵⁵FERRAZ; ARAUJO, 2010.

²⁵⁶Ibid.

Também se deve ponderar o risco de possíveis abusos, como a matrícula reiterada das PCD's em cursos de aprendizagem de modo a mantê-los indefinidamente na condição de aprendizes, e, por vezes, com um salário inferior aos dos demais trabalhadores.

5.4.3.3 Dificuldade em encontrar PCD's disponíveis para contratação.

São aqui levantadas duas hipóteses referentes à dificuldade de encontrar PCD's disponíveis para contratação. A primeira diz respeito à questão logística da necessidade de um cadastro de pessoas com deficiência disponíveis para a contratação e de empresas dispostas a contratar. A segunda exige maiores reflexões e pode se enquadrar tanto em critérios de eficácia jurídica quanto social, pois se refere à existência de benefício assistencial para pessoas com deficiência.

5.4.3.3.1 A Questão do benefício previdenciário

Na pesquisa relativa às dificuldades para a contratação das pessoas com deficiência, o item mais mencionado foi relativo a encontrar pessoas disponíveis para a contratação. Metade dos entrevistados encontrou tal dificuldade, o que corresponde a 14 empresas.

Um dos fatores é de ordem jurídica e se refere à existência de outra lei. Trata-se do benefício de prestação continuada previsto pela Lei Orgânica da Assistência Social (BPC-LOAS), lei 8.742/93²⁵⁷, que garante um salário mínimo mensal à pessoa com deficiência que não tiver meios de prover sua manutenção nem de tê-la provida por sua família.

²⁵⁷Lei 8.742, de 07 de dezembro de 1993, que dispõe sobre a organização da assistência social e dá outras providências. Art. 2º A assistência social tem por objetivos: I - a proteção social, que visa à garantia da vida, à redução de danos e à prevenção da incidência de riscos, especialmente: e) a garantia de 1 (um) salário-mínimo de benefício mensal à pessoa com deficiência e ao idoso que comprovem não possuir meios de prover a própria manutenção ou de tê-la provida por sua família; [...]

Art. 20. O benefício de prestação continuada é a garantia de um salário-mínimo mensal à pessoa com deficiência e ao idoso com 65 (sessenta e cinco) anos ou mais que comprovem não possuir meios de prover a própria manutenção nem de tê-la provida por sua família.

[...]

§ 2º Para efeito de concessão deste benefício, considera-se pessoa com deficiência aquela que tem impedimentos de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, os quais, em interação com diversas barreiras, podem obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas.

§ 3º Considera-se incapaz de prover a manutenção da pessoa com deficiência ou idosa a família cuja renda mensal per capita seja inferior a 1/4 (um quarto) do salário-mínimo.

[...]

§ 9º A remuneração da pessoa com deficiência na condição de aprendiz não será considerada para fins do cálculo a que se refere o § 3º deste artigo.

Embora importante instrumento social que visa a garantir a própria sobrevivência da pessoa com deficiência, a lei não deixa de possuir cunho assistencialista. Ainda mais em sua redação original, quando não havia menção à possibilidade da pessoa tentar ingressar no mercado de trabalho; portanto auferindo salário, sem desligar-se do benefício, ou ter possibilidade de retomá-lo.

Dessa forma, um dos grandes entraves para a contratação era o receio da pessoa com deficiência de começar a trabalhar, perdendo seu benefício assistencial, e depois a este não poder retornar, caso perdesse o emprego; principalmente porque um dos requisitos para a concessão era um conceito de pessoa com deficiência como incapacitada para a vida independente e para o trabalho, o que deixaria de acontecer no momento em que se iniciasse a atividade laboral.

Por esse motivo e considerando a dificuldade de contratação de pessoas com deficiência para cumprimento de cota, a legislação foi recentemente revista, inserindo-se o artigo 21-A, pela lei 12.470/2011²⁵⁸, que deixa o benefício apenas suspenso enquanto a pessoa com deficiência estiver exercendo atividade remunerada. Desta feita, não haverá necessidade de reavaliação da condição de deficiente, em caso de perda do emprego, o que preocupava as PCD's e suas famílias. Cessada a atividade remunerada ou o recebimento do seguro-desemprego, nos casos em que devido, a pessoa torna a receber seu benefício normalmente. A mudança foi, sem dúvida, salutar. Segundo Maria Aparecida Gugel,

A concessão do benefício da prestação continuada, decorrente da LOAS, tal como vinha sendo praticada no Brasil, servia de instrumento de manutenção permanente do beneficiário no programa assistencial, porque as regras de concessão não traziam estímulo à pessoa com deficiência (beneficiário) para a formação e qualificação profissional e conseqüente entrada no mundo do trabalho.
[...]

§ 10. Considera-se impedimento de longo prazo, para os fins do § 2º deste artigo, aquele que produza efeitos pelo prazo mínimo de 2 (dois) anos.

Art. 21. O benefício de prestação continuada deve ser revisto a cada 2 (dois) anos para avaliação da continuidade das condições que lhe deram origem.

[...]

§ 4º A cessação do benefício de prestação continuada concedido à pessoa com deficiência não impede nova concessão do benefício, desde que atendidos os requisitos definidos em regulamento.

²⁵⁸ Lei 8.742, de 07 de dezembro de 1993. Art. 21-A. O benefício de prestação continuada será suspenso pelo órgão concedente quando a pessoa com deficiência exercer atividade remunerada, inclusive na condição de microempendedor individual. (Incluído pela Lei nº 12.470, de 2011)

§ 1º Extinta a relação trabalhista ou a atividade empreendedora de que trata o caput deste artigo e, quando for o caso, encerrado o prazo de pagamento do seguro-desemprego e não tendo o beneficiário adquirido direito a qualquer benefício previdenciário, poderá ser requerida a continuidade do pagamento do benefício suspenso, sem necessidade de realização de perícia médica ou reavaliação da deficiência e do grau de incapacidade para esse fim, respeitado o período de revisão previsto no caput do art. 21. (Incluído pela Lei nº 12.470, de 2011)

§ 2º A contratação de pessoa com deficiência como aprendiz não acarreta a suspensão do benefício de prestação continuada, limitado a 2 (dois) anos o recebimento concomitante da remuneração e do benefício. (Incluído pela Lei nº 12.470, de 2011).

Porém, a concessão do benefício por si só não basta para impulsionar o beneficiário a buscar sua independência pessoal e econômica. É fundamental que ele se sinta motivado a buscar tal independência, sem o temor de “perder o benefício” que lhe garante a segurança de uma remuneração mínima.²⁵⁹

Como forma de estímulo à formação profissional, existe a possibilidade prevista no parágrafo 2º, do artigo 21-A da Lei 8.742/93, de a pessoa com deficiência ingressar no mercado de trabalho na condição de empregado aprendiz, acumulando o salário que receba com o benefício de prestação continuada (BPC-LOAS), em qualquer idade.

5.4.4 Eficácia social

Com relação às mudanças ocorridas na realidade social após a implementação da lei de cotas para pessoas com deficiência, inaugura-se o estudo com a detecção de um aumento substancial do número de contratados por 25 dos entrevistados em campo, o que corresponde a 89,28% do total.

Antes do início da fiscalização, existiam contratadas, nas 28 empresas entrevistadas, 179 pessoas com deficiência. Hoje existem 1053 empregados cotistas nessas mesmas empresas. O fato é corroborado por estatísticas oficiais do Ministério do Trabalho e Emprego, que demonstram um aumento de 12.786 pessoas com deficiência contratadas em decorrências das cotas, em 2003, para 34.395, em 2011.²⁶⁰

Entretanto, o aumento do número de contratações não é indício confiável para eficácia social. Afinal, o incremento pode ter ocorrido somente em decorrência de fiscalizações, sendo uma mera obrigação legal. Essa atitude pode levar ao desvirtuamento usual da ação afirmativa, que é alocar o trabalhador com deficiência em local apartado, isolado dos outros trabalhadores, impedindo sua real integração e participação no processo produtivo e dificultando, ou tornando inviável, sua ascensão funcional.²⁶¹

Saliente-se que não se considera eficácia social a mera contratação do trabalhador. A mudança na sociedade só ocorrerá no momento em que os empregadores conhecerem a real capacidade produtiva das pessoas com deficiência. Afinal, “as pessoas com deficiência no

²⁵⁹GUGEL, Maria Aparecida. O Benefício de Prestação Continuada frente à Convenção sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência. **Revista da Associação Nacional dos Membros do Ministério Público de Defesa dos Direitos dos Idosos e Pessoas com Deficiência**, Brasília, maio 2011.

²⁶⁰Dados da fiscalização do Trabalho. Disponível em: <http://portal.mte.gov.br/data/files/8A7C816A36A27C140137953456941DFB/Resultados%20da%20Fiscaliza%C3%A7%C3%A3o%20-%202003%20-%202012%20atualizado%20at%C3%A9%20abril.pdf>. Acesso em: 08 jun.2012.

²⁶¹Neste sentido LIMA, Ana Karmen Fontenele Guimarães. **Da inserção compulsória de trabalhadores no mercado de trabalho: uma perspectiva de direitos fundamentais**. 2011. Dissertação (Mestrado). Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, 2011, p. 101.

Brasil tiveram sempre atendimento assistencial e, por isso, a sociedade desconhece o potencial produtivo que estas pessoas têm a oferecer [...]”²⁶².

Desse modo, considera-se indício importante, para a eficácia social da lei, a satisfação apresentada quanto às pessoas com deficiência contratadas. A satisfação foi classificada nos graus excelente, bom, regular ou insuficiente. Consideraram excelente sua satisfação com as PCD's 21,42% das empresas entrevistadas; bom, 53,57% e regular, 25%. Nenhuma empresa manifestou como insuficiente o grau de satisfação para com seus trabalhadores PCD's e 75% por cento dos entrevistados consideraram bom ou excelente o desempenho das PCD's.

Esse dado demonstra que, vencido o preconceito inicial do momento da contratação, a *performance* das PCD's é satisfatória, e esse fato é reconhecido pelas empresas contratantes.

Ainda podem ser confirmadas essas conclusões quando se observam as respostas relativas à contratação no caso de inexistência da lei. Apenas 3 empresas declararam que demitiriam suas PCD's já contratadas, ou seja, bastou a oportunidade de conhecer o desempenho desses trabalhadores para que as empresas desejassem a manutenção deles em seu quadro funcional.

Quanto à pergunta relativa à contratação independente da existência da lei, é conveniente lembrar as discrepâncias estatísticas encontradas entre os níveis de desemprego entre as pessoas com deficiência, em comparação com os demais trabalhadores. No universo da população brasileira que chegou a um emprego formal apenas 0,7% possuem algum tipo de deficiência.

Dessa forma, mesmo que cumprida por todas as empresas brasileiras, a cota progressiva prevista em lei, que varia de 2% a 5%, ainda assim não haveria igualdade entre os níveis de emprego entre trabalhadores com deficiência e os demais. Agrava a situação as respostas conferidas na pesquisa de campo, em que somente 35,7% dos entrevistados alegaram contratar o mesmo número de PCD's, independente da existência de lei que provoque tal obrigação. Contratariam PCD's, mas em um número menor, 57,14% e não contratariam PCD's apenas 7,14% dos entrevistados.

Os dados apontam para uma dificuldade importante em neutralizar o preconceito no acesso ao mercado de trabalho de PCD's, sem o apoio da lei de contratação compulsória. Nesta dissertação se conclui pela temporariedade como característica fundamental das ações

²⁶²FONSECA, 2006, p. 249.

afirmativas, observa-se que a lei de contratação compulsória de pessoas com deficiência, enquanto ação afirmativa, ainda não atingiu seu papel de mudança na realidade social de forma plena, razão pela qual ainda se faz necessária, não se podendo vislumbrar, a médio prazo, uma previsão de sua retirada do ordenamento jurídico.

Resta, então, perquirir as razões desta contratação em menor número ou desta falta de contratação. Às respostas “não ou em menor número” para a pergunta sobre contratação no caso da inexistência da lei, indagaram-se os motivos para tal. Os fatores alegados se referiam, em sua grande maioria, a questões logísticas, já analisadas em item específico (50% pela dificuldade de encontrar PCD’s disponíveis para contratação; 32,14% pela falta de qualificação e 21,42% pelas dificuldades de adaptação no local de trabalho).

A baixa produtividade das PCD’s foi mencionada em apenas 10,71% dos entrevistados. A incompatibilidade com o perfil da empresa, mencionada apenas por 7,14%.

Apenas um entrevistado trouxe dificuldade não inquirida, por contribuição espontânea, asseverando que os empregados são “difíceis, que pedem demissão e vão para outras empresas”. Esse fato, encarado pela empresa como dificuldade, demonstra que à PCD foram abertas várias oportunidades de emprego, sinalizando para a eficácia da lei.

Ocorreu, então, influência de uma das modalidades de eficácia, a logística, na eficácia social da lei. Conclui-se que a pesquisa apresentou grau satisfatório, mas não pleno, de eficácia social, principalmente, considerando-se os índices de satisfação com os trabalhadores PCD’s.

De uma maneira geral, a pesquisa de campo foi positiva com relação à ação afirmativa de inserção de pessoas com deficiência no mercado de trabalho, no sentido de demonstrar sua eficácia em modificar a realidade social. Embora tenha demonstrado que os fatores logísticos são determinantes na viabilidade das contratações.

5.4.5 Atuação do Ministério do Trabalho e Emprego

O Ministério do Trabalho e Emprego ocasionou a contratação de 34.395 pessoas com deficiência em decorrência de suas ações fiscais no Brasil durante o ano de 2012²⁶³. O número não chega a ser expressivo considerando o universo de pessoas com deficiência no país. Há que se considerar, entretanto, que a fiscalização somente se refere a empresas que

²⁶³ BRASIL. Ministério do Trabalho e Emprego. **Quadro Comparativo da Fiscalização do Trabalho 2003 a 2012**. Disponível em: <<http://portal.mte.gov.br/data/files/8A7C816A36A27C140137FFDBFD9B0D1D/Resultados%20da%20Fiscaliza%C3%A7%C3%A3o%20de%202003%20-%202012%20atualizado%20at%C3%A9%20maio.pdf>>. Acesso em: 15 jul. 2012.

possuem mais de 100 empregados, por determinação legal. E o mercado de trabalho brasileiro tem forte participação de micro e pequenas empresas, que não chegam a este patamar para gerar a obrigatoriedade de contratação.

Considera-se mais importante do que a fiscalização em si a atuação do Ministério do Trabalho e Emprego no sentido de viabilizar a capacitação profissional da pessoa com deficiência. Como ocorreu no caso do projeto piloto de incentivo à aprendizagem das pessoas com deficiência, lançado em 2008. Baseado na Agenda Nacional do Trabalho Decente, o projeto visa acessibilidade segurança e saúde para todos, incentivando o diálogo entre empresas e instituições que promovam aprendizagem de modo a viabilizar o acesso aos curso de aprendizagem para a pessoa com deficiência. De sua parte, a fiscalização poderá conceder prazo para regularização suficiente para que a empresa capacite seu trabalhador PCD na condição de aprendiz. Findo a capacitação, sendo a pessoa com deficiência um profissional já formado, será contratado de modo a cumprir a cota de PCD's a que a empresa está obrigada.²⁶⁴

Na pesquisa de campo realizada, o número de PCD's trabalhando antes da ocorrência de fiscalização era de apenas 179. A auditoria fiscal alavancou sobremaneira as contratações nas empresas pesquisadas, chegando a 1053 PCD's empregados nas mesmas empresas após sua atuação, o que demonstra ser a atuação do Estado fundamental para a implantação desta medida de igualdade.

²⁶⁴BRASIL. Ministério do Trabalho e Emprego. **Projeto Piloto de Incentivo à Aprendizagem das Pessoas com Deficiência**. 2008. Disponível em:< http://portal.mte.gov.br/data/files/FF8080812BCB2790012BCF973A0548CE/fiscatrab_projeto_aprendizagem2008.pdf >. Acesso em 12 jul.2012.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Trazer os direitos fundamentais da abstração legal para o mundo dos fatos é o grande desafio do moderno constitucionalismo. Sua concretização se torna ainda necessária quando se trata de direitos sociais, que trazem a igualdade como tônica e exigem prestações positivas do Estado e da Sociedade.

A igualdade, que se pretende alcançar através dos direitos sociais, pode, *a priori*, carrear limitações à liberdade de alguns para permitir a outros o acesso a oportunidades iguais. O estudo desenvolvido nesta dissertação demonstrou que igualdade e liberdade, no Estado Democrático de Direito, são conceitos interdependentes, sendo que, em última análise, a igualdade se presta para garantir a liberdade de todos.

Desta necessária simbiose, nasce o embate entre princípios constitucionais, no caso específico das ações afirmativas no mercado de trabalho: o valor social do trabalho e a livre iniciativa. Realizou-se, então, o estudo e aplicação do método da proporcionalidade de maneira a demonstrar a constitucionalidade das ações afirmativas no ordenamento jurídico brasileiro.

Contextualizado o direito ao trabalho na contemporaneidade, demonstra-se que este não é apenas um meio de sobrevivência, mas, sobretudo, identifica o ser humano culturalmente e permite sua inclusão social, à medida que promove a integração entre as pessoas e o acesso aos tão valorizados bens de consumo. Sendo assim, ao se deparar com parcela da população que tem o acesso ao trabalho impedido ou dificultado, a solução ideal não pode ser assistencialista, no sentido de apenas garantir a renda mínima para a sobrevivência, mas deve permitir a experiência laboral para que o direito ao trabalho seja usufruído de maneira plena.

Dessa forma, o instrumento das ações afirmativas é utilizado como meio para garantir o acesso ao trabalho pela parte da população preterida desse direito por discriminação negativa. Adentra-se, assim, em polêmica que perpassa a transferência de responsabilidade pela garantia de acesso aos direitos sociais do Estado para a sociedade. O debate que se iniciou nas universidades com as cotas para estudantes negros, por, supostamente, estar preterindo os outros candidatos ao acesso à educação dentro de um sistema de meritocracia, voltou-se, neste ensaio, para o acesso a categorias discriminadas no momento do acesso ao emprego.

Importante salientar que, ao optar pelas ações afirmativas no mercado de trabalho, deve-se considerar que a importação de mecanismos jurídicos e suas justificativas para o

Brasil somente pode ocorrer com as adaptações inerentes à realidade nacional. A profunda miscigenação brasileira acaba por levar a dificuldades na implantação de ações voltadas para questões de raça, por exemplo, principal alvo das ações afirmativas no mundo, por meio de medidas compensatórias. Essa dificuldade local, porém, não afasta a utilização do mecanismo em outras situações, conforme demonstrado com aprendizes e pessoas com deficiência.

Analisando dados estatísticos, concluiu-se a existência de discriminação negativa com relação a vários grupos de trabalhadores. Embora se tenha consciência de que outros grupos não estudados também possam ser vítimas de discriminação, optou-se por estudar a realidade de acesso ao trabalho para jovens sem experiência profissional, pessoas com deficiência, mulheres, negros, homossexuais, portadores de HIV, obesos e maiores de 45 anos. O grau de discriminação é variável dentro das diversas profissões e os motivos de sua existência sequer foram pesquisados, vez que fogem ao objeto da dissertação. Em cada item específico, opinou-se sobre a pertinência da aplicação de ações afirmativas no futuro.

Frente a essa realidade de preconceito negativo, o legislador brasileiro elegeu mecanismos para combater a discriminação, dentre os quais sua própria proibição em nível constitucional. Como somente proibir não garante o acesso ao direito fundamental ao trabalho digno, foi-se além, instituindo leis de contratação compulsória para duas categorias profissionais: a das pessoas com deficiência e a dos jovens sem experiência profissional.

Ao se avaliar a lei das cotas para pessoas com deficiência e para jovens aprendizes, utilizou-se o critério da eficácia, advindo da Teoria Geral do Direito. A questão da eficácia, em todos os seus níveis, é o espelho de uma sociedade que busca soluções rápidas para a resolução de problemas sociais que reverberam na estrutura de todo o ordenamento jurídico, correspondendo, dessa forma, ao contexto contemporâneo.

Aproveitando a possibilidade de avaliação de uma dada norma jurídica dentro dos enfoques eficazes apresentados, foram trazidas a lume as cotas de contratação compulsória no mercado de trabalho. Essa avaliação do grau de eficácia deve ser utilizada para verificar o cumprimento da função social de cada norma, o que confere credibilidade a todo o sistema jurídico.

Retomando o objetivo de avaliar o instrumento legal das ações afirmativas quando utilizado para concretizar o direito fundamental ao trabalho, os resultados da pesquisa apontam para a conclusão de que as ações afirmativas brasileiras no mercado de trabalho para inserção de pessoas com deficiência e jovens aprendizes são eficazes, no sentido de concretização do direito fundamental ao trabalho, e modificaram a realidade social. Entretanto, é necessária a realização de uma série de ajustes para que essa eficácia seja plena.

Ao iniciar o estudo específico da lei da aprendizagem, pairou a dúvida quanto à sua categorização enquanto ação afirmativa. Embora os dados estatísticos levantados apontem para um índice baixo de contratação de pessoas até 24 anos, observa-se que o desemprego é muito mais causado pela falta de profissionalização e experiência do que por preconceito quanto à idade. Para tanto, a lei buscou coadunar o objetivo do acesso ao emprego com a educação profissionalizante, como também compensar o empregador com menores obrigações trabalhistas. Não obstante observou-se, ao longo da pesquisa e no contato com as instituições que promovem a aprendizagem, que as vagas se voltaram, naturalmente, para o jovem em desvantagem econômica, o que reforça sua feição compensatória.

Observou-se a necessidade de ajustes pontuais para sua plena eficácia, dentre os quais se destaca a existência de cursos de aprendizagem em número suficiente para fazer face à necessidade de contratação. Também os custos envolvidos interferem no grau de satisfação para com a lei.

Dos questionários aplicados quanto à eficácia social, inferiu-se que os entraves para o acesso do jovem sem experiência profissional à contratação formal estão sendo substituídos pela constatação, por parte dos empregadores, de que podem formar um profissional com capacidade técnica totalmente adaptada à sua realidade e, por isso, contar com mão de obra mais bem qualificada.

No caso das pessoas com deficiência, os resultados foram semelhantes, sendo que o grande entrave para atingir a eficácia plena é a dificuldade em encontrar PCD's disponíveis para contratação. Foram levantadas duas hipóteses que justificam sua ocorrência: a falta de um cadastro de pessoas com deficiência interessadas em trabalhar e empresas dispostas a contratar e a existência de legislação vinculada à assistência social que pode não estimular a tentativa da PCD em ingressar no mercado de trabalho. O teste para confirmar tais hipóteses exige pesquisa específica, que não foi objeto desta dissertação.

A pesquisa demonstrou a importância da fiscalização do Ministério do Trabalho e Emprego, ante o aumento exponencial do número de contratações antes e depois da atuação da auditoria fiscal. O papel orientador da fiscalização e a articulação por ela realizada entre os atores sociais, também se mostra como fator que contribui para a eficácia das leis apresentadas.

A conclusão geral apontou para a eficácia das duas experiências brasileiras de ações afirmativas no mercado de trabalho. Entretanto, há a necessidade de ajustes pontuais nas leis e em suas condições práticas de aplicabilidade, para que o objetivo de quebra do preconceito no momento da contratação se aperfeiçoe. Observou-se que a contratação, mesmo

forçada, demonstrou aos empregadores serem as pessoas com deficiência e jovens aprendizes trabalhadores produtivos, sinalizando para a diminuição paulatina na dificuldade de acesso ao emprego para essas categorias.

A situação ideal seria que esse conhecimento da capacidade de trabalho desses grupos permitisse que eles viessem a competir em condições de igualdade com todos os candidatos, o que se acredita poder acontecer no futuro. As ações de contratação compulsória devem ser temporárias, existindo apenas enquanto persistir a discriminação negativa; mas, enquanto a situação ideal não vem, são instrumentos eficazes (com as ressalvas apresentadas ao longo da dissertação) para concretizar o direito fundamental ao trabalho no Brasil.

REFERÊNCIAS

ABRANTES, José João. **Contrato de Trabalho e Direitos Fundamentais**. Coimbra: Coimbra Editores, 2005.

ALEXY, Robert. On the structure of legal principles. **Ratio Juris**, v. 13, n. 3, 2000.

_____. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008.

ALMEIDA, Thiago de; LOURENÇO; Maria Luiza; SILVA, José Airton da. A Homofobia no Ambiente de Trabalho. *In*: JORNADA APOIAR: PROMOÇÃO DE VIDA E VULNERABILIDADE SOCIAL NA AMÉRICA LATINA: REFLEXÕES E PROPOSTAS, 7., 2010, São Paulo. **Anais...** Disponível em: <http://www.thiagodealmeida.com.br/site/files/pdf/A_homofobia_no_ambiente_de_trabalho.pdf>. Acesso em: 19 jan. 2012.

ARAÚJO, Elizabeth A. B. S. Direito fundamental ao trabalho no Brasil: uma experiência de ação afirmativa para a juventude. *In*: MATIAS, João Luís N.; MELO, Alisson José Maio Melo; PEREIRA, Ana Carolina Barbosa. (Org.). **Direitos fundamentais: fundamentação e eficácia**. Fortaleza: FUNJAB, 2011. v. 1.

_____. Patrimônio natural da humanidade no Brasil. *In*: WACHOWICZ, Marcos; MATIAS, João Luís Nogueira. (Org.). **A efetivação do direito de propriedade para o desenvolvimento sustentável: relatos e proposições**. Florianópolis: Fundação Boiteaux, 2010b, v. 1.

_____. Interferência do Estado na Economia e Dignidade da Pessoa Humana. *In*: ENCONTRO NACIONAL DO CONSELHO NACIONAL DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO (CONPEDI), 19., 2010, Fortaleza. **Anais...** Florianópolis: Boiteaux, 2010a.

ARAUJO, José Carlos Evangelista de. **O Estado Democrático Social de Direito em face do Princípio da Igualdade e as Ações Afirmativas**. 2007. Dissertação (Mestrado em Direito do Estado) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo, 2007. Disponível em: <http://www.sapientia.pucsp.br/tde_arquivos/9/TDE-2007-07-23T08:55:26Z-3845/Publico/Jose%20Carlos%20Evangelista%20de%20Araujo.pdf>. Acesso em: 14 jul. 2012.

ARENDT, Hannah. **A Condição humana**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

BARBOSA, Vanessa. Gordinhos na Berlinda: mais da metade dos executivos brasileiros tem algum tipo de objeção a contratar pessoas acima do peso. **Revista Exame**, 13 abril 2010. Disponível em: <<http://exame.abril.com.br/carreira/noticias/gordinhos-berlinda-548851?page=1>>. Acesso em: 3 mar. 2012.

BARROS, Ricardo Paes *et al.* **Pobreza multidimensional no Brasil**. 2006 Disponível em: <<http://www.ipc-undp.org/md-poverty/papers/Ricardo%20Paes%20de%20Barros.pdf>>. Acesso em: 14 jul.2012.

BARROSO, Luís Roberto. **O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da constituição brasileira**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1993.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva, 1990.

BELLINTANI, Leila Pinheiro. **Ação Afirmativa e os Princípios do Direito**: a questão das cotas raciais para ingresso no ensino superior no Brasil. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

BÍBLIA. Português. São Paulo: Paulus, 2000.

BITTAR, Eduardo C. B. **O Direito na pós-modernidade e reflexões frankfurtianas**. 2. ed. rev. atual.e ampliada. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2009.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

_____. **Da estrutura à função**: novos estudos de teoria do direito. Tradução Daniela Beccaccia Versiani. Barueri: Manole, 2007.

_____. **Teoria da norma jurídica**. Tradução de Fernando Pavan Batista e Ariani Bueno Sudatti. 4. ed. rev. São Paulo: Edipro, 2008.

BOFF, Leonardo. **Civilização planetária**: desafios à sociedade e ao Cristianismo. Rio de Janeiro: Sextante, 2001.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

_____. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. 8. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2007.

_____. O Estado Social e sua evolução rumo à Democracia Participativa. *In*: SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de (Org.). **Direitos Sociais**: fundamentos, judicialização e Direitos Sociais em Espécie. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria de Vigilância em Saúde. Departamento de DST, aids e hepatites virais. **Boletim Epidemiológico AIDS/DST**, ano 8, v. 1, 2011. Disponível em: <http://www.aids.gov.br/sites/default/files/anexos/publicacao/2011/50652/boletim_aids_2011_final_m_pdf_26659.pdf>. Acesso em: 9 jun. 2012.

BRASIL. Ministério do Trabalho e Emprego. **A inclusão das pessoas com deficiência no mercado de trabalho**. Brasília, 2007.

_____. **Anuário do Sistema Público de Emprego, Salário e Renda 2010/2011**: mercado de trabalho. 3. ed. São Paulo: Dieese, 2011.

_____. **Características do emprego formal segundo a Relação Anual de Informações Sociais – 2010**. 2010. Disponível em: <http://portal.mte.gov.br/data/files/8A7C812D2E7318C8012FE039D8AA15D9/resultado_2010.pdf>. Acesso em: 23 fev. 2012.

_____. **Manual da aprendizagem**: o que é preciso saber para contratar o jovem aprendiz. 3. ed. Brasília, 2009.

_____. **Projeto Piloto de Incentivo à Aprendizagem das Pessoas com Deficiência**. 2008. Disponível em: <http://portal.mte.gov.br/data/files/FF8080812BCB2790012BCF973A0548CE/fiscatrab_projeto_aprendizagem2008.pdf>. Acesso em 12 jul.2012.

_____. **Quadro Comparativo da Fiscalização do Trabalho 2003 a 2012**. Disponível em: <<http://portal.mte.gov.br/data/files/8A7C816A36A27C140137FFDBFD9B0D1D/Resultados%20da%20Fiscalização%20-%202003%20-%202012%20atualizado%20até%20maio.pdf>>. Acesso em: 15 jul. 2012.

BRASIL. Secretaria Especial de Políticas de Promoção da Igualdade Racial. **Relatório Final da I Conferência Nacional de Promoção da Igualdade Racial**. 2005. Disponível em: <<http://www.seppir.gov.br/publicacoes/conapirI.pdf>>. Acesso em: 10 jul.2012.

BRASIL Tribunal Superior do Trabalho. **Acórdão 1.335/94**. Relator Ministro Almir Pazzianoto Pinto. Seção Especializada em Dissídios Coletivos do Tribunal Superior do Trabalho. DJU, Brasília, p.2023, de 10 dez. 1995.

_____. **Agravo Regimental no Mandado de Injunção 153/DF**. Relator: Ministro Paulo Brossard. Brasília, 14/03/1990. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28pessoa+deficiencia+concurso+p%2FAblico%29&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 25 jan.2012.

_____. Recurso Extraordinário n. 227.299. Relator. Ministro Ilmar Galvão. Primeira Turma. **Diário da Justiça**, Brasília, 6 out. 2010.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho. 3ª Turma Recursal de Juiz de Fora. Recurso Ordinário n. 01187-2008-035-03-00-1. Relator: Desembargador Marcelo Lamego Pertence. **DJ**, Juiz de Fora, 24 mar. 2010.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho. 4ª região. Apelação em Mandado de Segurança: 77.555. Processo: 200171000156800/RS. Terceira Turma. Relatora: Ministra Maria de Fátima Freitas Labarrére. Paraná, 09/04/2002. **DJU**, p. 613, 2 maio 2002.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

_____. **Estudos sobre Direitos Fundamentais**. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editores, 2008.

CARVALHAL, Terezinha Brumatti. Gênero e trabalho: a participação da mulher nos sindicatos de Presidente Prudente São Paulo. **Revista Bibliográfica de Geografia y Ciencias Sociales**, Barcelona, v. 7, n. 416, 2002. Disponível em: <<http://www.ub.edu/geocrit/b3w-416.htm>>. Acesso em: 1 mar. 2012.

COMPARATO, Fábio Konder. **O princípio da igualdade e a escola**. Disponível em: <<http://www.iea.usp.br/textos/comparatoigualdadeeescola.pdf>>. Acesso em: 13 jul. 2012.

_____. **Rumo à Justiça**. São Paulo: Saraiva, 2010.

COSTANZI, Rogério Nagamine. **A Organização Internacional do Trabalho realizou estudo sobre o trabalho decente e juventude no Brasil.** Disponíveis em: <http://www.oit.org.br/topic/decent_work/doc/news_9.pdf>. Acesso em: 25 jan. 2012.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. Um olhar crítico-deliberativo sobre os Direitos Sociais no Estado Democrático de Direitos. *In*: SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de (Org.). **Direitos Sociais: fundamentos, judicialização e Direitos Sociais em espécie.** SARMENTO, Daniel, SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. (Org.). Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2010. p. 99.

DEDECCA, Cláudio Salvadori; ROSANDISKI, Eliane Navarro. Enfim, Esperança de Requiem para a Tese da 'Inempregabilidade'. *In*: PAGNANI, Eduardo; POCHMANN, Márcio (Org.). **Debates contemporâneos: economia social e do trabalho**, n. 1: mercado de trabalho, relações sindicais, pobreza e ajuste fiscal. São Paulo: LTr, 2007.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. Definição e características dos direitos fundamentais. *In*: LEITE, George Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang (Coord.). **Direitos Fundamentais e Estado Constitucional.** São Paulo: RT, 2009, p 118-136.

DOBROWOLSKI, Samantha Chantal. **A construção social do sentido da Constituição na Democracia Contemporânea: entre soberania popular e direitos humanos.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

DOPCKE, Wolfgang. O Ocidente deveria indenizar as vítimas do tráfico transatlântico de escravos? Reflexões sobre a Conferência das Nações Unidas contra o Racismo, a Intolerância Racial, a Xenofobia e a Intolerância Correlata. **Rev. Bras. Polít. Int.**, Rio de Janeiro, v. 44, n. 2, p. 26-45, 2001. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rbpi/v44n2/a02v44n2.pdf>>. Acesso em: 3 jan. 2012.

DRYDAKIS, N. Sexual orientation discrimination in the labour market. **Labour Economics**, v. 16, p. 366, 2009.

DWORKIN, Ronald. **A Virtude soberana: a teoria e a prática da igualdade.** São Paulo: Martins Fontes, 2011.

_____. **Levando os direitos a sério.** Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

_____. **Uma questão de princípio.** São Paulo: Martins Fontes, 2005.

FERRAZ, Fernando Basto. **Empregados domésticos.** São Paulo: LTr, 2003.

FERRAZ, Fernando Basto; ARAUJO, Elizabeth Alice Barbosa Silva de. O Conceito de pessoa com deficiência e seu impacto nas ações afirmativas brasileiras no mercado de trabalho. *In*: ENCONTRO NACIONAL DO CONSELHO NACIONAL DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO (CONPEDI), 19., 2010, Fortaleza. **Anais...** Florianópolis: Boiteaux, 2010. Disponível em: <<http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/fortaleza/3348.pdf>>. Acesso em: 5 mar. 2012.

FERRAZ, Tércio Sampaio Ferraz Jr. **Introdução ao Estudo do Direito**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1994.

FONSECA, Ricardo Tadeu Marques da. **O trabalho da pessoa com deficiência e a lapidação dos direitos humanos**: o direito do trabalho, uma ação afirmativa. São Paulo: LTr, 2006.

FURTADO, Emanuel Teófilo. **Preconceito no trabalho e a discriminação por idade**. São Paulo: LTr, 2004.

GOMES, Joaquim B. Barbosa. .O debate constitucional sobre as ações afirmativas. *In*: SANTOS, Renato E; LOBATO, Fátima (Org.). **Ações Afirmativas**: políticas públicas contra as desigualdades raciais. Rio de Janeiro: DP&A, 2003.

GOMES, Joaquim Benedito Barbosa; SILVA, Fernanda Duarte Lopes Lucas da. **As ações afirmativas e os processos de promoção da igualdade efetiva**. 2003. Disponível em: <<http://daleph.cjf.jus.br/revista/SerieCadernos/Vol24/artigo04.pdf>>. Acesso em: 29 out. 2011.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Autopoiese do Direito na sociedade pós-moderna**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

_____. Princípio da proporcionalidade e devido processo legal. *In*: SILVA, Virgílio Afonso. **Interpretação Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2007.

GUERRA, Marcelo Lima. A Proporcionalidade em sentido estrito e a “Fórmula do Peso” de Robert Alexy: significância e algumas implicações. **Revista da Procuradoria Geral do Estado**, Porto Alegre, v. 31, n. 65, p. 25-41, jan./jun. 2007.

_____. **Direitos fundamentais e a proteção do credor na execução civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

_____. **Juslaboralismo crítico**. Fortaleza: Tear de Memórias, 2008.

GUGEL, Maria Aparecida. O Benefício de Prestação Continuada frente à Convenção sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência. **Revista da Associação Nacional dos Membros do Ministério Público de Defesa dos Direitos dos Idosos e Pessoas com Deficiência**, Brasília, maio 2011.

_____. **Pessoas com deficiência e o direito ao trabalho**. Florianópolis: Obra Jurídica, 2007.

HABERMAS, Jürgen. **La inclusión del outro**: estudios de Teoria Política. Barcelona: Paidós, 1929.

HALL, Stuart. **A identidade cultural na pós-modernidade**. 11. ed. Rio de Janeiro: DP&A, 2006.

HELLER, Hermann. Démocratie politique et homogénéité sociale. **Revue Cités**, Paris, n. 6, maio 2001.

IBOPE. **Pesquisa perfil Social, Racial e de Gênero das 500 maiores empresas do Brasil e suas ações afirmativas**. 2005. Disponível em: <http://www1.ethos.org.br/EthosWeb/arquivo/0-A-eb4Perfil_2010.pdf>. Acesso em: 10 jul.2012.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. **Censo 2010**. 2010a. Disponível em: <http://www.censo2010.ibge.gov.br/sinopse/webservice/default.php?cod1=0&cod2=&cod3=&frm=hom_mul>. Acesso em: 18 dez. 2011.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. **Notícias Comunicação Social 07 de dezembro de 2007**. 2007. Disponível em: <http://www.ibge.gov.br/home/presidencia/noticias/noticia_impressao.php?id_noticia=1047>. Acesso em: 27 mar. 2010.

_____. **Observações sobre a evolução da mortalidade no Brasil: o passado, o presente e perspectivas**. Rio de Janeiro, 2010b. Disponível em: <<http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/tabuadevida/2009/notastecnicas.pdf>>. Acesso em: 14 jul.2012.

_____. **Pesquisa mensal de emprego**. 2012. Disponível em: <http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/indicadores/trabalhoerendimento/pme_nova/pme_201111pubCompleta.pdf>. Acesso em: 14 jul.2012.

_____. **Pirâmide etária brasileira ano 2010**. 2010c. Disponível em: <http://www.censo2010.ibge.gov.br/sinopse/webservice/frm_piramide.php?codigo=0>. Acesso em: 24 fev. 2012.

_____. **Síntese de indicadores sociais 2010**. 2010d. Disponível em: <http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/condicaodevida/indicadoresminimos/sinteseindicsoais2010/SIS_2010.pdf>. Acesso em: 23 fev. 2012.

_____. **Sala de imprensa: Pesquisa Mensal de Emprego**. Disponível em: <http://www.ibge.gov.br/home/presidencia/noticias/noticia_visualiza.php?id_noticia=1909&id_pagina=1>. Acesso em: 28 jun. 2011.

JAMESON, Frederic. **A virada cultural: reflexões sobre o pós-moderno**. Tradução de Carolina Araújo. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2006.

KANT, Imanuel. **Fundamentos da metafísica dos costumes**. Tradução de Leopoldo Holzbach. São Paulo: Martin Claret, 2008.

KUNTZ, Holf. A redescoberta da igualdade como condição de justiça. In: FARIA, José Eduardo (Org). **Direitos humanos, direitos sociais e justiça**. São Paulo: Malheiros, 2005.

LAKATOS, Eva Maria; MARCONI, Marina de Andrade. **Metodologia do trabalho científico**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 1992.

- LIMA, Ana Karmen Fontenele Guimarães. **Da inserção compulsória de trabalhadores no mercado de trabalho: uma perspectiva de direitos fundamentais**. 2011. Dissertação (Mestrado). Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, 2011.
- LIPOVETSKY, Gilles. **A era do vazio: ensaios sobre o individualismo contemporâneo**. Tradução de Therezinha Monteiro Deutsch. Barueri: Manole, 2005.
- LUNÓ, Antonio Enrique Pérez. **Dimensiones de la igualdad**. 2. ed. Madrid: Dykinson, 2007.
- LYOTARD, Jean-François. **The postmodern condition**. Manchester: Manchester University Press, 1984.
- MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. **Fundamentos do Direito**. São Paulo: Atlas, 2010.
- MACHADO, Hugo de Brito. **Introdução ao Estudo do Direito**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2004.
- MADRUGA, Sidney. **Discriminação positiva: ações afirmativas na realidade brasileira**. Brasília: Jurídica, 2005.
- MARMELSTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais**. São Paulo: Atlas, 2008.
- MARQUES DE LIMA, Francisco Gérson. **O STF na crise institucional brasileira**. São Paulo: Malheiros, 2009.
- MARQUES, Rafael da Silva. **O valor social do trabalho na ordem econômica, na Constituição Brasileira de 1988**. São Paulo: LTr, 2007.
- MARX, Karl. **O Capital**. 3. ed. São Paulo: Edipro, 2008.
- MELLO, Celso D. de Albuquerque. **Curso de Direito Internacional Público**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.
- MELO, Celso Antonio Bandeira de. **O conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. São Paulo: Malheiros, 2000.
- MELO. Sandro Nahmias. **O direito ao trabalho da pessoa portadora de deficiência, o princípio constitucional da igualdade: ação afirmativa**. São Paulo: LTr, 2004.
- MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2001.
- MENEZES, Paulo L. **Ação afirmativa no Direito Norte-Americano**. São Paulo: RT, 2001.
- MIRANDA. Pontes de. **Tratado de Direito Privado**. Atualizado por Vilson Rodrigues Alves. Campinas: Bookseller, 1999. Tomo I.
- MORAES, Germana de Oliveira. **Controle Jurisdicional da Administração Pública**. 2. ed. São Paulo: Dialética, 2004.

OLIVEIRA, Maurício. *Minoria da pesada: pesquisa atesta preconceito contra obesos, que ganham menos e penam para arrumar emprego. Veja on line*, edição 1676, nov. 2010. Disponível em: <http://veja.abril.com.br/221100/p_096.html>. Acesso em: 3 mar. 2012.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **Igualdade no trabalho**: um desafio contínuo. Relatório do director-geral. Relatório Global no quadro do seguimento da Declaração sobre os Princípios e Direitos Fundamentais no Trabalho. 2011. Disponível em: <<http://www.oitbrasil.org.br/content/igualdade-no-trabalho-um-desafio-ont%C3%ADnuo-relat%C3%B3rio-global-no-quadro-do-seguimento-da-declar>>. Acesso em: 14 jul.2012.

PINHO, Maria José Souza. Abordagens de gênero e educação: estratégia para a igualdade e liberdade. *In: ENCONTRO DE PESQUISA EDUCACIONAL DO NORTE E NORDESTE*, 2007, Maceió. **Anais...** Maceió, 2007, p. 54.

PIOVESAN, Flávia. Ações afirmativas na perspectiva dos direitos humanos. **Cadernos de Pesquisa**, São Paulo, v. 35, n. 124, jan./abr. 2005.

_____. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. Igualdade, diferença e direitos humanos: perspectivas global e regional. *In: LEITE, George Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). Direitos Fundamentais e Estado Constitucional*: estudos em homenagem a J. J. Gomes Canotilho. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009a. p. 296.

_____. **Temas de Direitos Humanos**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009b.

PLATÃO. **A República**. Tradução: Enrico Corvisieri. São Paulo: Nova Cultural, 1997.

PRADO JUNIOR, Caio. **O que é liberdade**: Capitalismo x Socialismo. São Paulo: Brasiliense, 2008.

RAWLS, John. **Justiça e Democracia**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de Direito**. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

_____. **Teoria Tridimensional do Direito**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. Ação afirmativa: o conteúdo democrático da igualdade jurídica. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, n.33, p.283-297, jul./set. 1996.

_____. **Princípios Constitucionais da Administração Pública**. Belo Horizonte: Del Rey, 1994.

ROTHENBURG, Walter Claudius. Igualdade. *In: SARLET, Ingo Wolfgang; LEITE, George Salomão. Direitos Fundamentais e Estado Constitucional*: estudos em homenagem a J. J. Gomes Canotilho. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

ROTHIER, Bianca. **OIT prevê recuperação lenta do emprego do mundo em 2011**. BBC Brasil. 2011. Disponível em: <http://www.bbc.co.uk/portuguese/noticias/2011/01/110124_emplo_oit_br.shtml>. Acesso em: 2 jul. 2011.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **A gramática do tempo: para uma nova cultura política**. 3. ed. São Paulo: Cortez, 2010.

_____. **Reconhecer para libertar: os caminhos do cosmopolitanismo multicultural**. Rio de Janeiro: Civilização brasileira, 2003.

SANTOS, João Paulo de Faria. **Ações afirmativas e igualdade racial: a contribuição do direito na construção de um país diverso**. São Paulo: Edições Loyola, 2005.

SANTOS, Renato E.; LOBATO, Fátima (Org.). **Ações afirmativas: políticas públicas contra as desigualdades raciais**. Rio de Janeiro: DP & A, 2003.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

_____. **Dignidade da pessoa humana e Direitos Fundamentais**. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

SARTRE, Jean-Paul. **O ser e o nada**. Petrópolis: Vozes, 1999.

SEMPRINI, Andrea. **Multiculturalismo**. Tradução Laureano Pelegrin. Bauru: Edusc, 1999.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

SILVA, Virgílio Afonso da. **A Constitucionalização do Direito**. São Paulo: Malheiros, 2008.

_____. O proporcional e o razoável. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, n. 798, p. 23-50, 2002.

SINGER, Paul. Desemprego e Exclusão Social. **Revista São Paulo em Perspectiva**, São Paulo, v. 10 n. 1, jan./mar. 1996.

SODRÉ, Muniz. Por um conceito de minoria. *In*: PAIVA, Raquel; BARBALHO, Alexandre (Org.). **Comunicação e Cultura das Minorias**. São Paulo: Paulus, 2005. Disponível em: <http://www.followscience.com/library_uploads/ea9111f70589c3d3dbce5896df4f23/345/p_or_um_conceito_de_minoria.pdf>. Acesso em: 19 dez 2011.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. **Teoria Constitucional e Democracia Deliberativa**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

_____. **Teoria da Constituição, democracia e igualdade**. Disponível em: <[http://www.mundojuridico.adv.br/cgi-bin/upload/texto1129\(3\).pdf](http://www.mundojuridico.adv.br/cgi-bin/upload/texto1129(3).pdf)>. Acesso em: 13 jul. 2012.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; BERCOVICI, Gilberto; MORAES FILHO, José Filomeno; LIMA, Martônio Mont'Alverne Barreto. **Teoria da Constituição**: estudos sobre o lugar da política no direito constitucional. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2003.

SOUZA, Jessé. **Os Batalhadores Brasileiros**: nova classe média ou nova classe trabalhadora? Belo Horizonte: UFMG, 2010.

TEPEDINO, Gustavo; SHEIREBER, Anderson. Minorias no Direito Civil Brasileiro. **Revista Trimestral de Direito Civil**, São Paulo, v. 10, p. 135-155, abr./jun. 2002.

TONETTO, Milene Consenso. **Direitos Humanos em Kant e Habermas**. Florianópolis: Insular, 2010.

VERDÚ, Pablo Lucas. **O Sentimento Constitucional**. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

VIEIRA, Oscar Vilhena. **Direitos Fundamentais**: uma leitura da jurisprudência do STF. São Paulo: Malheiros, 2006.

WEISSKOPF, Thomas E. **Affirmative action in the United States and India**: a comparative perspective. Nova York: Routledge, 2004.

ZEBRAL FILHO, Silverio Teles Baeta. **Globalização, desemprego e desigualdade**: evidências, mitos e desafios do mercado de trabalho brasileiro. Brasília: CRUB, 1997.

ANEXO A – QUESTIONÁRIO PCD's

Número Total de Empregados da empresa: _____*
Cota Legal de Pessoas com Deficiência (PCD): _____

1. Número de PCD's contratados que a sua empresa possui hoje: _____
2. A empresa já possuía alguma PCD contratada antes de ser notificada pela fiscalização do ministério do trabalho: SIM () NÃO ()
- 2.1. Em caso positivo, quantas PCD's já empregava: _____
3. Nível de satisfação com relação aos empregados PCD's:
- () Excelente
() Bom
() Regular
() Ruim
4. Caso não existisse a exigência do cumprimento de cotas para a contratação de PCD's prevista em Lei, a empresa teria contratado estes empregados:
SIM () SIM, MAS EM MENOR NÚMERO () NÃO ()
5. Se não ou em menor número, quais seriam o(s) motivo(s) para a não contratação:
- () Baixa produtividade das PCD's em relação aos demais empregados
() Dificuldade de adaptação das PCD's no ambiente de trabalho
() Falta de qualificação
() Incompatibilidade com o perfil da empresa frente ao público externo
() Dificuldade em localizar PCD's disponíveis para contratação
() Outros _____
6. Caso a lei de cotas para a contratação de pessoas com deficiência fosse revogada hoje, você demitiria seus empregados PCD's?
SIM () NÃO ()

(*) Suas respostas serão utilizadas em pesquisa e sua empresa não será identificada

ANEXO B – QUESTIONÁRIO APRENDIZES**Número Total de Empregados da empresa: _____*****Cota Legal de Aprendizizes: _____**

1. Número de aprendizizes contratados que a sua empresa possui hoje: _____

2. A empresa já possuía algum aprendiz antes de ser notificada pela fiscalização do ministério do trabalho: SIM () NÃO ()

2.1. Em caso positivo, quantos aprendizizes já empregava: _____

3. Nível de satisfação com relação ao empregados aprendizizes:

- () Excelente
- () Bom
- () Regular
- () Ruim

4. Caso deixasse de existir a Fiscalização do Ministério do Trabalho e Emprego, a empresa continuaria cumprindo a sua cota de aprendizizes exigida por Lei: SIM () NÃO ()

5. Considerando as horas em efetivo exercício laboral, a produtividade de seu empregado aprendiz em relação aos demais empregados é:

- () Maior
- () Menor
- () Igual

5. Maiores dificuldades encontradas por sua empresa para o cumprimento da cota (marcar quantas se aplicarem):

- () Baixa produtividade dos aprendizizes
- () Dificuldade de convivência dos aprendizizes com os demais trabalhadores
- () Falta de qualificação
- () Inexistência de cursos de aprendizagem para as funções da empresa
- () Inexistência de cursos próximos à empresa
- () Outras _____

6. Número de empregados aprendizizes que já foram aproveitados pela empresa para contrato por prazo indeterminado: _____

(*) Suas respostas serão utilizadas em pesquisa e sua empresa não será identificada

ANEXO C – TABULAÇÃO DE RESULTADOS DA CONTRATAÇÃO DE PCD’S**Quadro I - Tabulação de dados relativos ao nível de satisfação para com os empregados PPD’s**

Número de empregados total da empresa	Número de PPD’s antes da fiscalização	Número de empregados PPD’s contratados (após fiscalização)	Nível de Satisfação da Empresa para com os empregados PPD’s
7.000	-	306	Regular
3.000	5	60	Bom
2.756	90	123	Regular
2.673	20	102	Bom
1.600	10	110	Bom
1.342	15	60	Bom
958	-	29	Regular
618	2	15	Bom
588	3	24	Bom
540	-	-	Bom
500	3	23	Excelente
474	3	14	Bom
454	6	14	Bom
384	5	8	Bom
350	1	7	Bom
350	6	11	Regular
303	-	-	Bom
247	1	7	Excelente
213	-	3	Regular
171	2	1	Excelente
167	1	3	Excelente
142	3	3	Excelente
130	2	2	Excelente
125	-	6	Regular
22	-	-	Bom
-	-	1	Regular
-	1	2	Bom
-	-	119	Bom

Quadro II - Com relação à existência da lei

No caso da inexistência da Lei de Cotas para PPD's			
Contrataria o mesmo número de PPD's	Contrataria um número menor de PPD's	Não contrataria PPD	Demitiria os já contratados
10	16	2	3

Quadro III – Tabela de dificuldades para cumprimento da cota pesquisada

Dificuldades encontradas	Número de menções
Baixa Produtividade dos PPD's em relação aos demais empregados	3
Dificuldade de adaptação dos PPD's no ambiente de trabalho	6
Falta de qualificação	9
Incompatibilidade com o perfil da empresa frente ao público externo	2
Dificuldade em localizar PPD's disponíveis para contratação.	14
Outros Mencionados	- Empregados difíceis que pedem demissão e vão para outras empresas.

ANEXO D - TABULAÇÃO DE RESULTADOS SOBRE A CONTRATAÇÃO DE APRENDIZES

Tabulação de dados relativos ao nível de satisfação para com os empregados aprendizes

Empregados Total	Aprendizes	Satisfação com aprendizes	Produtividade	Aproveitamento
7.000	243	Regular	Menor	-
3.000	101	Bom	Menor	20
2.758	99	Regular	Menor	40
2.673	-	Bom	Menor	-
2.600	-	Excelente	*	**
1.344	51	Excelente	Igual	a maioria
1.029	-	Bom	Menor	-
1.005	0	Bom	-	-
998	34	Excelente	Igual	Todos
618	5	Bom	Menor	4
540	-	Bom	Igual	10
500	9	Excelente	Igual	5
474	10	Bom	Menor	6
454	14	Bom	Igual	10
350	08	Bom	Menor	2
350	11	Regular	Menor	6
314	14	Bom	Igual	2
303	14	Regular	Menor	5
247	11	Bom	Menor	4
247	12	Bom	Igual	3
213	2	Regular	Menor	0
171	9	Regular	Menor	3
137	7	Bom	Menor	2
130	2	Excelente	-	2
125	5	Bom	Igual	7
100	5	Bom	Igual	Todos
95	2	Excelente	Menor	12
91	-	Regular	Menor	5

90	3	Bom	Menor	6
71	4	Bom	Igual	90%
64	-	Bom	Menor	-
60	3	Bom	Igual	2
56	3	Regular	Menor	1
39	1	Bom	Igual	2
37	3	Excelente	Igual	0
26	1	Bom	Igual	0
22	2	Bom	Menor	2
21	1	Bom	Igual	0
15	1	Bom	Igual	2
14	1	Excelente	Maior	0
6	1	Bom	Menor	0
-	2	Excelente	Igual	1
-	-	Bom	Igual	-
-	2	Bom	Igual	3
-	2	Excelente	Menor	2

**ANEXO E - QUADRO RELATIVO À CONTRATAÇÃO ESPONTÂNEA X
ATUAÇÃO DA FISCALIZAÇÃO**

Empregados Total	Já possuía aprendizes?	Número anterior	Cumpriria cota sem fiscalização
7.000	N	-	N
3.000	N	-	N*
2.758	S	80	N
2.673	N	-	S
2.600	-	-	S
1.344	S	34	S
1.029	S	-	S
1.005	S	13	N
998	N	-	S
618	N	-	S
540	N	-	S
500	S	4	S
474	N	-	N
454	S	4	S
350	S	2	S
350	N	-	N
314	S	12	S
303	S	12	N
247	S	8	S
247	N	-	S
213	N	-	N
171	S	6	N
137	N	-	S
130	N	2	S
125	N	-	S
100	S	5	S
95	N	-	N
91	N	-	N
90	S	2	S

71	S	4	S
64	S	3	S
60	N	-	S
56	S	2	S
39	N	-	S
37	S	1	S
26	S	1	S
22	S	-	S
21	S	1	S
15	N	-	N
14	N	-	N
6	N	-	N
-	S	2	S
-	-	-	S
-	S	1	S
-	N	-	S

ANEXO F - QUADRO DE DIFICULDADES PARA CUMPRIMENTO DA COTA DE APRENDIZES

Dificuldades encontradas	Número de menções
Baixa Produtividade dos Aprendizes	9
Dificuldade de convivência dos aprendizes com os demais trabalhadores	-
Falta de qualificação	10
Inexistência de cursos de aprendizagem para as funções da empresa	24
Inexistência de cursos próximos à empresa	7
Outros Mencionados	<ul style="list-style-type: none"> - Perfil do aprendiz dificulta - Cultura organizacional - Falta de responsabilidade - Falta de interesse - Os jovens não aceitam a oportunidade - Empresa se localiza afastada da rodovia - Inexistência de cursos gratuitos - Dificuldade de encontrar aprendizes